



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

**TESIS DOCTORAL**

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

**AUTOR: JOSÉ MANUEL CASTRO ARANGO**

**DIRECTOR: PROF. DR. JUAN ZORNOZA PÉREZ**

**DOCTORADO EN DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO  
GETAFE, DICIEMBRE DE 2014**



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## TESIS DOCTORAL

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

Tesis Doctoral que se Presenta para la Obtención del Grado en Derecho con mención de  
Doctorado Internacional

**DOCTORANDO: D. José Manuel Castro Arango**

**DIRECTOR: Prof. Dr. Juan José Zornoza Pérez**

Firma del Tribunal Calificador:

Firma:

Presidente:

Secretario:

Vocal:

Suplente:

Calificación:

Getafe,

de

de

*One of the very first preliminary points to make international conventions or agreements on double taxation is to define the terms so that there will be no possibility of misinterpretation*

Comité de los Cuatro Economistas (Profesores Bruins, Einaudi, Seligman y Stamp)  
Sociedad de las Naciones, 1923.

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

Richard Doernberg, 1995

*It is more important now than ever that taxpayers pay the right amount of tax at the right time and in the right place.*

Masatsugu Asakawa, Presidente del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 2012.

Este trabajo ha sido financiado por la Universidad Externado de Colombia gracias a la confianza de los Profesores Julio Roberto Piza, Juan Zornoza, Fernando Hinestrosa†, Roberto Núñez y Juan Carlos Henao. Dentro del proceso de investigación he realizado dos estancias de investigación. La primera en el *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD) en Amsterdam durante los meses de abril, mayo y junio de 2012; y la segunda en el *Institute for Austrian and International Tax Law* en la Universidad de Viena de Economía y Negocios (WU) durante los meses de octubre de 2013 a febrero de 2014 bajo el programa “Ernst-Mach-Stipendien” de la OeAD (Agencia Austriaca para la Cooperación Internacional en Educación e Investigación) financiado por el Ministerio Federal de Ciencia e Investigación de Austria (BMWF).

Agradezco especialmente al Prof. Dr. Juan Zornoza por su soporte, guía y exigencia en este proceso, así como por los incontables aportes de ideas. Del mismo modo a los miembros del Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la UC3M, a los Prof. Michael Lang y Richard Resch, responsables de las estancias de investigación, y a quienes amablemente rindieron los informes de expertos para optar por el doctorado internacional, Esperanza Buitrago y Joao Félix Pinto Nogueira.

En lo personal quiero agradecer a Ángela y a mi familia por su continuo apoyo, paciencia y consideración.

## TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS .....	v
INTRODUCCIÓN.....	viii
CAPÍTULO I: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 10.3 DEL MCOCDE .....	1
1. EL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS.....	2
1.1. LA RENTA COMO FUENTE Y COMO INCREMENTO PATRIMONIAL.....	2
1.2. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR A LOS DIVIDENDOS DE LAS DEMÁS RENTAS EN EL DERECHO INTERNO .....	7
1.2.1. DIVIDENDOS PAGADOS POR ENTIDADES RESIDENTES (OUTBOUND DIVIDENDS) .....	8
1.2.2. DIVIDENDOS PAGADOS POR ENTIDADES NO RESIDENTES (INBOUND DIVIDENDS) .....	20
2. EL REPARTO DEL PODER TRIBUTARIO EN LOS CDI .....	37
2.1. LÍMITES AL ESTADO DE LA FUENTE.....	39
2.1.1. LÍMITES A LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN .....	40
2.1.2. EL SUJETO A QUIEN SE PAGAN LOS DIVIDENDOS .....	46
2.1.3. SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DE LA IMPOSICIÓN SOCIEDAD SOCIO FRENTE A LAS LIMITACIONES DEL ART. 10.2 MCOCDE .....	56
2.2. LÍMITES AL ESTADO DE LA RESIDENCIA .....	59
2.2.1. AMBITO DE APLICACIÓN DEL MÉTODO INTERNO Y DEL MÉTODO CONVENCIONAL .....	63
2.2.2. EL ART. 10.3 MCOCDE Y EL MÉTODO BILATERAL .....	68
2.2.3. LA CONFUSIÓN ENTRE LOS MÉTODOS INTERNOS Y CONVENCIONALES .....	77
2.2.4. LOS CONFLICTOS DE CALIFICACIÓN .....	85
3. EL RÉGIMEN DE LOS DIVIDENDOS TRANSNACIONALES Y LA AUSENCIA DE NEUTRALIDAD .....	94
CAPÍTULO II: LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS PREVISTA EN LOS CDI.....	101
1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS.....	101
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI... ..	119
2.1. INEXISTENCIA DE UNA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS SIMILAR A LA PREVISTA EN EL ART. 10.3 MCOCDE.....	120
2.1.1. LOS PRIMEROS CONVENIOS Y NORMAS ARMONIZADORAS DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA .....	120
2.1.2. LOS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES: EL ORIGEN DEL SISTEMA DE MODELOS .....	124

2.2.	LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE RENTA INDEPENDIENTE PARA LOS DIVIDENDOS .....	132
2.2.1.	EL MODELO DE LONDRES DE 1946 .....	132
2.2.2.	LA CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL ARTÍCULO DE DIVIDENDOS: TRABAJOS DEL WP12 DE LA OEEC Y EL BORRADOR DE MODELO DE LA OCDE DE 1963 .....	138
2.2.3.	ACTUALIZACIÓN DEL MCOCDE .....	164
2.3.	VARIACIONES EN LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS .....	170
3.	NORMAS Y DOCTRINAS ANTI-ABUSO INTERNAS Y LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS .....	177
	CAPÍTULO III: LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI .....	195
1.	ENTIDAD DISTRIBUIDORA DE DIVIDENDOS .....	197
1.1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	197
1.2.	AMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL CDI .....	206
1.3.	DEFINICIÓN DE “SOCIEDAD” A LA LUZ DEL ART. 10.3 DEL MODELO .....	218
1.4.	CONFLICTOS DE ATRIBUCIÓN Y LA FICCIÓN DE LOS DIVIDENDOS .....	230
1.4.1.	AUSENCIA DE FICCIÓN DE LOS DIVIDENDOS .....	232
1.4.2.	LA FICCIÓN Y LAS EXCEPCIONES DEL INFORME DE <i>PARTNERSHIP</i> .....	238
1.4.3.	NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL .....	247
1.5.	SITUACIONES ASIMILABLES A LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS DE DIVIDENDOS .....	258
1.5.1.	CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN .....	258
1.5.2.	TRUSTS .....	261
1.5.3.	VEHÍCULOS DE INVERSIÓN (INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA –IIC- Y OTROS FONDOS) .....	263
1.5.4.	ENTIDADES O FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA (FII) ..	267
1.5.5.	ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES .....	270
1.6.	DIFERENCIA ENTRE LOS BENEFICIOS DE LA ENTIDAD DISTRIBUIDORA Y LOS DIVIDENDOS PROPIAMENTE .....	278
2.	PARTICIPACIONES SOCIALES .....	284
2.1.	LAS RELACIONES ENTRE LAS TRES PARTES DE LA DEFINICIÓN .....	284
2.1.1.	LAS DIFICULTADES DE ENCONTRAR UN SIGNIFICADO ÚNICO ..	284
2.1.2.	LA SEGUNDA PARTE DE LA DEFINICIÓN NO CONDICIONA A LA PRIMERA .....	294

2.2. PRIMERA PARTE: LA DIFICULTAD DE DOTAR DE CONTENIDO TRIBUTARIO Y CONVENCIONAL A LOS DERECHOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 10 MCOCDE.....	296
2.2.1. ACCIONES .....	297
2.2.2. ACCIONES Y BONOS DE DISFRUTE .....	305
2.2.3. PARTICIPACIONES MINERAS .....	313
2.2.4. PARTES DE FUNDADOR .....	313
2.3. SEGUNDA PARTE: “OTROS DERECHOS, EXCEPTO LOS DE CRÉDITO, QUE PERMITAN PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS” .....	316
2.4. TERCERA PARTE: LA REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN INTERNA.....	322
2.4.1. LA EXPRESIÓN “PARTICIPACIONES SOCIALES” .....	324
2.4.2. COMPARABILIDAD: EL SIGNIFICANTE NO COINCIDE CON EL SIGNIFICADO .....	327
2.5. RELACIONES ENTRE LOS ARTÍCULOS DE DIVIDENDOS E INTERESES ... ..	333
2.5.1. UNA RELECTURA DE LOS CMOCDE .....	334
2.5.2. CONVENIOS CON REMISIONES AL DERECHO INTERNO EN LA DEFINICIÓN DE INTERESES .....	342
2.6. LA LUCHA CONTRA LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LA RACIONALIDAD DE LA DEFINICIÓN.....	348
2.6.1. NORMAS QUE ALTERAN LA CALIFICACIÓN DEL INSTRUMENTO Y/O DE LA RENTA .....	349
2.6.2. NORMAS QUE BUSCAN HACER NEUTRAL LA FINANCIACIÓN CON DEUDA Y CAPITAL SIN ALTERAR LA CALIFICACIÓN .....	358
2.7. RECAPITULACIÓN.....	366
3. LA RELACIÓN ENTRE LA FUENTE Y LOS RENDIMIENTOS.....	370
3.1. LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS NO PREJUZA LA ATRIBUCIÓN DEL RENDIMIENTO .....	370
3.2. RENTA/RENDIMIENTOS.....	381
3.2.1. EL CONCEPTO DE RENTA COMPRENDE A LAS GANANCIAS DE CAPITAL .....	381
3.2.2. ES NECESARIO CALIFICAR LA PALABRA “RENTA/RENDIMIENTOS” CON LA <i>LEX FORI</i> .....	390
3.3. LA TRANSFERENCIA ECONÓMICA DE BENEFICIOS.....	395
3.3.1. PAGOS A EMPRESAS ASOCIADAS: AJUSTE SECUNDARIO Y DIVIDENDOS IMPLÍCITOS .....	395
3.3.2. PAGO DE DIVIDENDOS EN ACCIONES .....	410

3.4. BENEFICIOS ACUMULADOS Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO/ACCIONISTA/PARTÍCIPE .....	412
3.4.1. “LAVADO” DE DIVIDENDOS .....	413
3.4.2. RENTAS DE LA LIQUIDACIÓN .....	436
3.5. OTROS SUPUESTOS ESPECIALES DE FUENTE DE LOS RENDIMIENTOS ..	444
RESUMEN Y CONCLUSIONES.....	448
ABSTRACT AND CONCLUSIONS.....	485
BIBLIOGRAFÍA .....	522



## ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AN	Audiencia Nacional
Aptdo(s)	Apartado(s)
art.	Artículo(s)
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAF	<i>Comité de Asuntos Fiscales (OCDE)</i>
CDI	Convenios de Doble Imposición
CETA	Centro Estudios Tributarios de Antioquia
CFC	<i>Controlled Foreign Corporations</i>
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CMOCDE	Comentarios al Modelo de Convenio OCDE
CPIJ	Corte Permanente Internacional de Justicia
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DGT	Dirección General de Tributos
DIT	Derecho Internacional Tributario
DTI	Derecho Tributario Internacional
EBITDA	<i>Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization</i> (Ingresos antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones)
EBIT	<i>Earnings Before Interest and Taxes</i> (Ingresos antes de intereses e impuestos)
Eds.	Editores
ERED	Estado de Residencia de la Entidad Distribuidora
ERM	Estado de Residencia de la Matriz
et. al.	et alli (y otros)
etc.	etcétera
ETIJ	Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
EP	Establecimiento Permanente
ET	Estatuto Tributario colombiano
ETVE	Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros

FII	Fideicomisos de Inversión Inmobiliaria
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
IBFD	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
Ibídem	En el mismo lugar
ICAC	Instituto Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IFA	International Fiscal Association
IRC	<i>Inland Revenue Commissioner</i>
IRPF	Impuesto de Renta de Personas Físicas
IRNR	Impuesto de Renta de no Residentes
IS	Impuesto de Sociedades
JSCP	Juros sobre o capital próprio (Regulados por la Ley Federal Brasileña nº 9.249, de 26 de diciembre de 1995)
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, aprueba la Ley Concursal
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que aprueba la Ley General Tributaria
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre de noviembre del Impuesto sobre Sociedades.
loc. cit.	El mismo autor en la misma ubicación.
LSC	Ley de Sociedades de Capital, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
MCEUA	Modelo de Convenio de Estados Unidos de América
MCOCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE
MCONU	Modelo de Convenio de la Organización de Naciones Unidas
MC	Modelo de Convenio
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad

NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
núm.	número(s)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ( <i>Organisation for Economic Co-operation and Development –OECD-</i> )
OEEC	<i>Organization for European Economic Cooperation</i> - Organización Europea para la Cooperación Económica.
párr.	párrafo(s)
p.	Página(s)
pp.	Página inicial a página final
PGC	Plan general de contabilidad, Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre
RIC	<i>Regulated Investment Company</i> - Sociedad de Inversión Regulada
REIT	<i>Real Estate Investment Trust</i> - Fideicomisos de Inversión Inmobiliaria
s.	Sección ( <i>section</i> )
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SOCIMI	Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Sociedades
TRLIRNR	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Renta de no Residentes
U.S.	<i>United States of America</i> (pertenece a)
vol.	volumen

## INTRODUCCIÓN

El término dividendos es un vocablo que deriva del latín *dividendus* relativo al resultado de dividir (*dividĕre*), y en el lenguaje común se predica de los beneficios de una sociedad<sup>1</sup>. Jurídicamente esta palabra se usa en distintos contextos, tal como ocurre en el derecho mercantil, el financiero y bursátil, contable y en el tributario. En cada una de estas ramas tiene asignadas funciones y, las más de las veces, encuentra diferencias en torno a sus elementos definitorios. Incluso, es común que se establezcan presunciones o ficciones<sup>2</sup> para determinar que algo es un dividendo a unos determinados efectos, sin que deje de tener otra naturaleza para las demás normas<sup>3</sup>. Otras disciplinas como la economía y las finanzas también utilizan el término dividendos para describir un flujo de activos de una entidad hacia sus propietarios, que son la fuente ordinaria de rentabilidad o de retorno para quienes detentan los derechos económicos de las acciones<sup>4</sup>.

Dentro de esa diversidad de usos y definiciones de dividendos aparece el artículo 10 del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante MCOCDE), que sirve de guía para la elaboración de los convenios de doble imposición (En adelante CDI)<sup>5</sup>, cuyo propósito es

---

<sup>1</sup> Diccionario de la lengua española (DRAE), 22.ª edición. Disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) [consultado el 11 de octubre de 2014]

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

<sup>3</sup> HELMINEN 2010: p. 55-58.

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

<sup>5</sup> Utilizamos en este trabajo el término CDI porque resulta el más utilizado por los autores de lengua hispana y que se corresponde con la traducción de la denominación anglosajona *Double Taxation Conventions* (DTC) aunque debe dejarse claro que estos tratados tienen otras finalidades adicionales. En relación con el título de los CDI vid: MCOCDE: *Introducción*, párr. 16. En la práctica los convenios tienen como título la referencia a la doble tributación y, en algunos casos, a la prevención de la evasión y elusión fiscal. Las versiones oficiales del Modelo OCDE 2014 se refieren en francés al “*Modèle de Convention Fiscale Concernant le Revenu et la Fortune*” y en inglés al “*Model Tax Convention on Income and on Capital*.”. En español se encuentra la versión: OCDE 2011. En adelante nos referiremos al Modelo de Convenio con las siglas MCOCDE; salvo indicación expresa del año o idioma de la versión se entiende la de 2014. Se ha dado prevalencia al uso de la versión traducida por el IEF, pero las actualizaciones del año 2014 que no cuentan con una traducción al español aprobada por la OCDE serán citadas bajo traducción libre del autor. En aras de no hacer engorrosa la lectura y evitar repetirlo en cada caso, debe señalarse desde ya que las normas y apartes doctrinales o jurisprudenciales textualmente citados, cuyo idioma original sea diferente al español, son traducciones libres hechas por el autor de esta Tesis, salvo expresa mención en contrario. Dichas traducciones no son comunes en

repartir la potestad tributaria entre los estados contratantes. Dicho artículo utiliza la palabra dividendos, pero con la particularidad de que contiene en su apartado tercero una definición de lo que se entiende por tales a nivel convencional y que se lee:

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

El Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE en 1977 tras una infructuosa búsqueda de una definición de dividendos autónoma convencional que prescindiera de la remisión al derecho interno, consideró que dadas las variaciones en las legislaciones mercantiles y fiscales de los Estados no fue posible definir a los dividendos sin hacer referencia al derecho interno<sup>6</sup>. Lo dicho por el CAF desde un punto de vista de *lege ferenda* puede dar cuenta del asunto que ya se plantea de *lege lata*, pues la norma en la que aparece la definición de dividendos objeto de esta tesis tiene una naturaleza dual y existen problemas metodológicos importantes para su interpretación, en especial porque contiene términos y expresiones propios del derecho mercantil que hacen preguntarse de forma más concreta: ¿Cuál es la finalidad del art. 10.3 del MCOCDE que debe guiar su aplicación?, ¿es relevante en el significado mercantil o contractual estipulado por las partes en los contratos (acciones, participaciones sociales, etc.) para definir dividendos?, si fuera así, ¿según la legislación de cual Estado? o ¿debe prevalecer el significado tributario? ¿de cuál de los estados? o, por el contrario, ¿es el significado de dividendos autónomo convencional?, es decir, ¿es independiente del previsto en las legislaciones internas?

---

esta Tesis, pues como se apreciará, hemos incluido citas textuales en idioma original con el objeto de ofrecer al lector una referencia a la fuente primaria de las conclusiones que extraemos.

<sup>6</sup> Ello se observa en el párr. 23 de los Comentarios al Art. 10 MCOCDE que afirma que el apartado 3 se limita a mencionar ejemplos que figuran en la mayor parte de las legislaciones, pues no es posible dar un significado autónomo e independiente de las normas internas, gracias a la variedad de tratamientos que existen.

El objeto de este trabajo es analizar la definición de “dividendos” recién citada, contenida en el artículo 10.3 del MCOCDE y los convenios españoles<sup>7</sup>, desde una perspectiva jurídica, y con la finalidad de identificar y proponer soluciones de *lege lata* y de *lege ferenda* a los conflictos de calificación más comunes que se presentan entre el citado tipo de renta y otras rentas caracterizadas en los CDI. Por ser un estudio de Derecho tributario Internacional (En adelante DTI) y a efectos de enriquecer la disertación, se realiza un análisis de las variaciones a la definición de dividendos en convenios suscritos por otros estados que merecen ser resaltados por su singularidad<sup>8</sup>. Sin embargo, se ha hecho exclusión de Modelos con un mínimo impacto en la práctica convencional como el del ILADT<sup>9</sup>, así como de las Decisiones 40 y 578 de la CAN<sup>10</sup>. En estas últimas dos normas se regula la imposición de los dividendos y participaciones en las “empresas”, aunque no hay una definición de los mismos, razón por la cual no resultan de interés a para esta

---

<sup>7</sup> Los CDI se citan abreviadamente con los países y el año de entrada en vigor según se informa en la página Web: [http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI\\_Alfa.aspx](http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx) [consultada durante los meses de febrero de 2013 a noviembre de 2014]

<sup>8</sup> Existen más de 3000 Convenios vigentes y su estudio completo desborda la finalidad de esta tesis, de ahí que nos concentremos en los CDI suscritos por España. Además, revisaremos aquellos CDI de otros estados que contienen un concepto de dividendo distinto del previsto en el MCOCDE y que han sido resaltados en trabajos comparativos como los que se citan a continuación: VOGEL 1997, LANG, PISTONE, SCHUCH, & STARINGER (eds.) 2012; MAISTO (ed.) 2012. En cualquier caso, los CDI mencionados por la doctrina han sido contrastados con los textos originales, a menos de que por razón de las limitaciones del idioma, no haya sido posible consultarla.

<sup>9</sup> AA.VV. 2012, “Modelo ILADT de Convenio Multilateral de Doble Imposición para América Latina”. En este Modelo los dividendos se encuadran dentro de la categoría “rentas pasivas” que comprende además a los intereses, ganancias (plusvalías) de capital, regalías y otras rentas similares (art. 4.1.m) en aras de lograr mayor neutralidad, pero que al final distingue entre aquellas que son deducibles y no, utilizando criterios que no resultan del todo coherentes, y que además, al final, terminan creando una categoría de renta para los dividendos cuando garantizan el método de la exención por participación sustancial en la residencia del beneficiario. Los Comentarios traen tres ideas en torno a los problemas de calificación entre rentas pasivas deducibles y no deducibles. (Cfr. párr. 25 al art. 4; párr. 5 y 12 art. 8), el primero basado en la idea de que los intereses tienen una remuneración que se puede anticipar, mientras que los dividendos son una renta variable. Esta idea contrasta con la segunda que lleva a pensar que los instrumentos financieros híbridos o atípicos que sean deducibles se tratarán como rentas pasivas deducibles de las que trata el art. 8.3. Hasta aquí se aprecia que ambos criterios pueden dar lugar a respuestas completamente distintas. Por último, la excepción a la exigencia de deducibilidad basada en que las normas de subcapitalización atacan el abuso lleva al complejo problema de definir hasta qué punto las normas de subcapitalización objetivas tienen una finalidad anti-elusiva o si por el contrario buscan la protección de la base imponible en operaciones perfectamente legítimas.

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

investigación<sup>11</sup>. De igual forma, esta tesis no se refiere a las definiciones de entidad distribuidora de dividendos ni de participaciones en beneficios de la Directiva Matriz-Filial<sup>12</sup> pues ello desbordaría el objeto de ésta tesis<sup>13</sup>.

La importancia que reviste el tema de esta Tesis no ha tenido la atención que se esperaría por parte de la doctrina española e internacional, lo que justifica la decisión de embarcarnos en esta empresa. Si bien existen publicaciones importantes, estas abordan problemas mucho más amplios<sup>14</sup> y no siempre cuentan con una revisión de la jurisprudencia en torno a las cuestiones que suscita el concepto de dividendo en los CDI, todo lo cual se explica por el tiempo en que fueron realizadas, y por tener objetos y metodologías distintas. Gracias a la invención de la *Tax Research Platform* del *International Bureau of Fiscal Documentation* (en adelante IBFD) ha sido posible comprobar la relevancia práctica de la mayoría de los problemas teóricos que a lo largo de la investigación fuimos encontrando. Además, aquellos trabajos tampoco han tenido la oportunidad de contar con importantes estudios de derecho comparado de reciente publicación<sup>15</sup> que permiten analizar las respuestas legales y jurisprudenciales dadas por los Estados a los problemas de ésta Tesis, ni de contrastar los documentos históricos que hoy en día pueden ser fácilmente consultados en la página web <http://taxtreatieshistory.org/>, y que han permitido que la doctrina encuentre nuevas luces en el oscuro túnel de la interpretación del concepto de dividendo en los Modelos de Convenios<sup>16</sup>.

---

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

<sup>12</sup> La primera Directiva fue la 90/435/EEC de 23 julio de 1990, refundida en la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 “relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición)”. La Directiva 2013/13/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 la amplió a Croacia por su adhesión a la UE y, finalmente, la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 pretende evitar algunos supuestos de doble no imposición y actualiza los tipos societarios de Polonia y Rumania. En adelante nos referiremos de forma resumida a la Directiva Matriz-Filial.

<sup>13</sup> Se destaca dos estudios comparativos sobre la definiciones de dividendos en los CDI y participaciones en beneficios en la Directiva: HELMINEM 2010 y TENORE 2010.

<sup>14</sup> HELMINEN 1999; esta obra fue actualizada y reorganizada en: HELMINEN 2010; LUCAS DURÁN 2000; MACHANCOSSES 2002.

<sup>15</sup> SCHÖN 2009; MAISTO 2012; BROWN 2012; BÄRSCH 2012; HARRIS 2013.

<sup>16</sup> HARRIS 1999; HARRIS 2000; AVERY JONES et al 2009; HATTINGH 2009; PIJL 2011.

De igual forma, debe resaltarse que en los últimos 15 años la fiscalidad internacional ha cambiado notoriamente, tal y como se evidencia en las modificaciones al MOCDE del año 1999 en relación con los conflictos de calificación de rentas y de calificación de entidades<sup>17</sup>, del año 2003 en torno a la interacción entre las normas anti-abuso internas y los CDI, y del año 2010 respecto del acercamiento del régimen de las filiales y de los establecimientos permanentes (en adelante EP)<sup>18</sup>. No puede olvidarse que la progresiva evolución del principio de independencia, plena competencia o de empresa separada, - conocido con el anglicismo *arm's length*- en las Directrices de Precios de Transferencia, ha venido a comprender ajustes transaccionales<sup>19</sup>, como los derivados de las situaciones y operaciones de subcapitalización<sup>20</sup> y otros ajustes secundarios<sup>21</sup>. Es por esto que la definición de dividendos se ve profundamente influenciada por los imaginarios de interpretación, simulación y fraude tributario que existan en cada jurisdicción, pues pueden hacer que las rentas que en principio no son dividendos a efectos mercantiles, sean consideradas “dividendos implícitos” (*constructive dividends*) o distribuciones encubiertas de dividendos (*hidden distributions*)<sup>22</sup> obteniendo por tanto el mismo tratamiento tributario que las rentas de las acciones. Ello hace preguntarse si la remisión de la tercera parte de la definición podría comprender a las rentas que tienen el tratamiento fiscal de las acciones, no sólo por su calificación ordinaria, sino por su recalificación o re-atribución en virtud de una norma anti-elusión.

Más aún, dentro de los aspectos de derecho interno que han variado recientemente deben destacarse aquellos que han replanteado la dicotomía entre el endeudamiento y el capital, la desarticulación de los sistemas de integración, la adopción por parte de algunos estados de

---

<sup>17</sup> OECD 1999.

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

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

<sup>20</sup> OECD 1987a.

<sup>21</sup> PETERSON & HORNER 1996; HIMINO 1996.

<sup>22</sup> ROHATGI 2008: p. 463-466.



sistemas de deducción de dividendos o de un porcentaje ficticio del capital, la extensión de los sistemas de transparencia fiscal internacional, la creación de categorías de dividendos: a) los obtenidos por la participación sustancial, gravados de forma reducida en la fuente y exentos en la residencia; b) los obtenidos como rentas del ahorro en participaciones de portafolio, exentos en la fuente y gravables en la residencia; y c) los obtenidos por sujetos especiales como los fondos de pensiones exentos en la fuente y en la residencia<sup>23</sup>. Por ello, es necesario evaluar si la definición del artículo 10.3 MCOUDE permite responder a esos cambios sin generar resultados incoherentes desde el punto de vista de la política fiscal.

Las fuentes y la metodología adoptada en este trabajo son las comúnmente usadas en el Derecho general, aunque con las particularidades propias de las investigaciones en Derecho tributario internacional<sup>24</sup>. El estudio de éste último considera de forma compleja la interacción entre los distintos sistemas normativos aplicables, en lo que se ha denominado como concepción integracionista<sup>25</sup>, que a efectos de éste trabajo ha partido de los CDI y su contrastación con el derecho comparado. Las legislaciones extranjeras en este trabajo son utilizadas con el objetivo de exponer cómo recetas normativas similares<sup>26</sup> adoptadas por los estados se relacionan con la definición de dividendos convencional. En especial, con los problemas de determinación de las entidades distribuidoras de dividendos, las participaciones sociales y las rentas que pueden considerarse que tienen su fuente en estas últimas<sup>27</sup>. Además, la existencia de instituciones comunes o similares hace que la administración y los jueces de un Estado sigan las interpretaciones hechas por sus equivalentes en otras jurisdicciones o se aparten de las mismas. De ahí que la jurisprudencia extranjera sea relevante, aunque desborde un análisis estrictamente positivista<sup>28</sup>. Las diferencias o concordancias en los fallos judiciales han servido de perspectiva empírica para determinar los conflictos de calificación más comunes en relación con el concepto de dividendo y, los argumentos utilizados por los jueces, han

---

<sup>23</sup> Sobre estas tendencias vid. SCHÖN 2010; HARRIS 2010; BLANLUET & DURAND 2011.

<sup>24</sup> Un estudio del objeto de esta disciplina en: MONTAÑO 2006: p. 17.

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

<sup>26</sup> Sobre los flujos de recetas normativas entre los ordenamientos jurídicos vid. GABARINO 2011: p. 159.

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

<sup>28</sup> vid. FANTOZZI 2007: p. 403-411.

nutrido los análisis de *lege lata* y *lege ferenda*<sup>29</sup>. Finalmente, se ha revisado la doctrina internacional, dentro de la cual enmarcamos al llamado *soft law* emitido por organizaciones internacionales, en especial los trabajos de la OCDE<sup>30</sup>.

Como resultado de la investigación, esta memoria se divide en tres Capítulos. El primero tiene como objeto demostrar cómo los dividendos no son exclusivamente definidos en los CDI, sino también en las normas internas. De tal forma, nuestra primera pregunta de investigación es: ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la definición de dividendos prevista en los CDI y cuál es su relación con las definiciones internas? Al responderla se podrá delimitar y plantear un siguiente problema, que es objeto del Capítulo segundo, en particular: ¿Cómo se interpretan los Tratados tributarios sobre la renta y el patrimonio? Ello nos guiará hacia un análisis histórico del desarrollo de la definición de dividendos desde los primeros CDI hasta el MCOCDE más reciente y sus diferencias con los CDI españoles y colombianos. El Capítulo cierra con la explicación de nuestras conclusiones en relación con la tesis del *factual approach* y el *guiding principle* incorporadas en los CMOCDE, y justifica la necesidad de que los efectos de las normas anti-abuso internas cumplan con el art. 10.3 del Modelo. La admisión acrítica de la tesis de la OCDE haría que muchos de los problemas que se analizan en el Capítulo tercero fueran tildados de falsos problemas, pues toda norma interna anti-abuso prevalecería sobre la definición de dividendos de los CDI. Sin embargo, como se expondrá, la posición de la OCDE es el resultado de falacias argumentativas. Finalmente, en el Capítulo tercero se analizarán los tres *elementos* del concepto de dividendo en los CDI, a saber: a) la existencia de una **entidad distribuidora de dividendos** a la que se le atribuyen los beneficios; b) **la participación social** en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios; y, c) **la relación entre la fuente y el rendimiento**, que es lo que la doctrina ha llamado *societatis causa*, que en otras palabras es el vínculo entre lo pagado por la sociedad y las participaciones sociales en dicha entidad.

---

<sup>29</sup> La búsqueda de jurisprudencia extranjera se ha basado en la base de datos “*Tax Research Platform*” del IBFD, aunque se han identificado otras sentencias que aparecen citadas.

<sup>29</sup> Las alternativas regulatorias han sido identificadas a partir de libros de Derecho tributario comparado tales como: TURONYI 2003; AULT & ARNOLD 2010; MAISTO (ed.) 2012; HARRIS 2013.

<sup>30</sup> ZORNOZA 2010b; vid. con la bibliografía ahí citada: CASTRO 2011b: p. 137 y ss.

## CAPÍTULO I: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 10.3 DEL MCOCDE

La primera cuestión que plantea la definición de dividendos prevista en los CDI es su ámbito de aplicación, ya que se trata de una norma que goza de una doble naturaleza, al tener al mismo tiempo un carácter internacional y un reconocimiento en el Derecho interno<sup>31</sup>. De tal forma, su encuadramiento dentro de los sistemas normativos nacionales e internacional resulta fundamental para aclarar cuándo es la norma aplicable, cómo interactúa con los demás preceptos, y cuáles son sus efectos limitativos sobre el derecho interno<sup>32</sup>. La definición del art. 10.3 del MCOCDE convive con otras definiciones de dividendos o categorías similares como los rendimientos de los fondos propios o distribuciones de beneficios, que tienen como finalidad determinar un tipo de renta que merece un régimen fiscal particular en cada uno de los Estados contratantes. El mismo suele ser diferente al que se aplica a otros rendimientos como los del trabajo, de actividades económicas, las ganancias patrimoniales o los rendimientos por la cesión a terceros de capitales propios. Además, en términos generales los ordenamientos tienen reglas diferenciadas para los dividendos pagados por sus entidades residentes *-inbound dividends-* y para los pagados por entidades extranjeras *-outbound dividends-*, que obedecen a las razones económicas y de políticas fiscales prevalecientes en cada Estado, lo que puede suponer la existencia de varias definiciones de dividendos a distintos efectos de los impuestos sobre la renta.

Los dividendos tienen un régimen tributario que el CDI solo limita, de forma que aquello que no se restringe por la norma internacional resulta plenamente aplicable. Por ello, parece no sólo lógico, sino necesario, describir al inicio de esta Tesis la importancia que tienen los significados internos para la estructura de los impuestos sobre la renta de personas físicas y de sociedades, así como el objeto de distribución de los tratados, que está compuesto

---

<sup>31</sup> Por el momento: HELMINEN 2010: p. 32.

<sup>32</sup> Definir estas cuestiones hace parte del método jurídico que distingue teóricamente -aunque en la práctica se solapan-, tres fases en la aplicación de las normas: la primera conlleva la determinación de la norma aplicable, dado el ámbito de eficacia subjetivo, material, temporal y espacial; la segunda fase implica la calificación de los hechos y; finalmente, en una tercera se procede a la interpretación de las normas. Las fases que realizan los operadores no son claramente diferenciables en la práctica, pues “la identificación de la norma aplicable al caso sólo es posible desde una previa calificación del supuesto de hecho que, a su vez, presupone la toma en consideración del ordenamiento en que dicha norma se integra.” PALAO 2009: p. 37 y ss.; RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 56-59; BÁEZ 2009: p. 39; ZORNOZA & MUÑOZ, 2010, p. 274 y ss.

precisamente por los regímenes tributarios internos. Además, dado que los Tratados adicionan consecuencias fiscales a la tributación de los rendimientos, la calificación como dividendos supondrá mayores diferencias con los demás elementos de renta. Así, la cuantificación económica de la carga impositiva de las distribuciones internacionales de beneficios viene determinada por el análisis completo de todos los regímenes fiscales de los estados con los cuales existe un elemento de conexión objetivo o subjetivo –obligación real u obligación personal de contribuir-, sumado a las limitaciones previstas en los CDI o el Derecho Comunitario. Finalmente, la relevancia de este Capítulo se justifica también en que el art. 10.3 del MC se remite al derecho interno del Estado de la fuente indicando que son dividendos a efectos de los CDI las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal de las acciones.

## **1. EL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS**

### **1.1. LA RENTA COMO FUENTE Y COMO INCREMENTO PATRIMONIAL**

Desde la regulación de los primeros impuestos sobre la renta ha sido importante definir a los dividendos para calcularle impuesto sobre la entidad distribuidora y sobre el beneficiario de las distribuciones, así como para determinar el aspecto espacial del hecho imponible que realiza éste último sujeto. Y ello no solo para aquellos primigenios tributos que gravaban la fuente<sup>33</sup> del enriquecimiento<sup>34</sup>, sino también para aquellos de carácter subjetivo fundamentados en las concepciones del impuesto global sobre la renta<sup>35</sup>. Pues

---

<sup>33</sup> Nótese el origen común de los dos usos que tiene la palabra “fuente”. De un lado está el criterio de conexión de la fuente y de otro la fuente de los elementos de renta en la imposición analítica.

<sup>34</sup> Como en España fue la Tarifa II de la Ley Reguladora de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria. Ley de 22 de septiembre de 1922; Decreto-ley de 15 de diciembre de 1928, con antecedentes tan remotos como la Ley 27 de 1900.

<sup>35</sup> Tal vez quien ha resumido de mejor manera el desarrollo de los impuestos sobre la renta a nivel mundial y que se pretende ejemplificar en este apartado con el derecho Español, es Joachim LANG cuando afirma que: “En el siglo XIX el desarrollo del impuesto sobre la renta fue esencialmente influenciado por dos de teorías económicas de la renta: en primer lugar la teoría de la fuente cuyo origen se encuentra en el derecho Romano (renta como el fruto de los bienes de capital), y en segundo lugar la teoría de la acumulación neta la cual da forma al *concepto tradicional del impuesto sobre la renta global* basado en el concepto de renta de Schanz-Haig-Simons. Este concepto de renta global busca sujetar la “acumulación neta del poder económico de un sujeto entre dos referencias temporales”. Por el contrario, las teorías de la fuente solo comprenden la renta de la fuente, no la fuente en sí misma, y excluyen a las ganancias de capital y las pérdidas como resultado de la venta de la fuente: la renta obtenida de vender los frutos es gravable; la ganancia de capital derivada de vender el fruto del jardín no es gravable. En los impuestos de renta actuales de muchos países la

bien, la obligación real de contribuir condensada en el Impuesto de Renta de no Residentes (IRNR) vigente en España se remonta a esos incipientes tributos sobre la renta, de carácter real, que recaían “sobre los rendimientos o productos procedentes de una determinada fuente u obtenidos en consideración a ella”<sup>36</sup>, de forma que la “identidad y residencia del propietario era irrelevante”<sup>37</sup>. Esos tributos evolucionaron progresivamente hacia impuestos más o menos sintéticos sobre la renta y que crean la obligación personal de contribuir<sup>38</sup>. Como es bien sabido, los ordenamientos tributarios contemporáneos gravan con criterios de conexión subjetivos a sus residentes o nacionales mediante sistemas que se ubican a medio camino entre las teorías de la imposición de la renta global y de la renta como fuente, a partir de un modelo ideal sintético que se modula a efectos de lograr distintas finalidades fiscales y extra fiscales<sup>39</sup>. De tal forma, los impuestos sobre la renta actuales generalmente tienen una imposición personal que convive con la imposición real para los no residentes.

El diseño de los impuestos sobre la renta requiere definir cuál es la fuente de los dividendos a efectos de determinar la obligación real de contribuir, lo cual ha sido más complejo de lo aparente, pues la misma será directamente la propiedad en las participaciones sociales, pero indirectamente la actividad que genera los beneficios de la sociedad<sup>40</sup>. En el primer caso,

---

base imponible es una mezcla de las teorías de acumulación neta y de la fuente, en el mejor de los casos completado por un régimen separado para ganancias y pérdidas de capital.” LANG 2005: p. 18.

<sup>36</sup> ALBIÑANA 1974: p. 158.

<sup>37</sup> AVERY JONES 2012: p. 67.

<sup>38</sup> La imposición real subsistiría hasta la reforma de 1978 del IRPF y del IS (las leyes 44 y 61 de 1978) tras una “reforma silenciosa” que progresivamente personalizó la imposición sobre la renta, siendo hitos: en primer lugar la reforma de 1957 que creó el IS, el impuesto sobre las rentas del capital y la contribución general sobre la renta; y, en segundo lugar, la de 1963 que permitió una mejor, pero todavía imperfecta integración entre esos tributos y los impuestos reales. ALBIÑANA 1974: p. 157-193; QUERALT, TEJERIZO & CAYÓN 2006: p. 44; PÉREZ 2013: p. 35-56;

<sup>39</sup> ORTIZ CALLE 2008: p. 142; En relación con la crisis de los principios del justo reparto de la carga tributaria acentuada por los sistemas tributarios contemporáneos que han convertido al IRPF como un impuesto sintético en uno sobre las rentas del trabajo: RODRÍGUEZ BEREIJO 2005: p. 250.

<sup>40</sup> Es interesante destacar el trabajo de GAMMIE 2013: p. 81-113 sobre las relaciones entre el *Situs* como concepto de derecho internacional privado y las reglas de fuente a efectos tributarios. El autor destaca cómo la jurisprudencia del siglo XIX y de comienzos del siglo XX en Reino Unido debió determinar reglas para situar la propiedad sobre las participaciones sociales en sociedades o sobre los intereses en *partnerships* que sirvieran para definir elemento espacial del hecho imponible en los tributos sobre sucesiones y legados. Durante el mismo periodo los tribunales también debieron resolver la cuestión del elemento espacial del impuesto sobre la renta británico. Debido a que la renta se gravaba atendiendo a su fuente, y esta última puede comprender la propiedad como forma de determinar el origen de la renta, el criterio del *situs* fue utilizado por los tribunales para fijar la fuente del impuesto de renta y jugó un papel fundamental en el desarrollo de las normas del impuesto de renta. El autor destaca varias decisiones en las cuales se discute si las acciones en una sociedad se poseen bien en el Estado de constitución de la sociedad, en el domicilio del socio, o en el que se

los criterios de conexión pueden ser entendidos como el Estado de residencia de la sociedad que distribuye, donde se encuentre el registro de las acciones o donde se cumpla la obligación de pago. Sin embargo, si se toma en consideración que la fuente de la renta es la actividad económica subyacente, el criterio objetivo será lo que se ha dado en llamar “origen”, esto es, el lugar donde se obtienen los beneficios de los cuales derivan los dividendos<sup>41</sup>. Actualmente solo unos pocos países (p.ej. Australia y Estados Unidos) adoptan el origen como criterio conexión<sup>42</sup> y la mayoría ha preferido entender la fuente cómo el Estado de residencia de la entidad distribuidora, en tanto que existe un mayor vínculo económico con esa jurisdicción<sup>43</sup>.

---

encuentran registradas las acciones. A efectos de los tributos sobre sucesiones la sentencia *Brassard v Smith* acoge la regla de derecho privado desarrollada en el caso *The Attorney-General v Higin* según la cual las acciones están situadas en donde se mantiene el registro de acciones de la sociedad, pues es el lugar donde se puede ejercer el derecho. Sin embargo, en materia de impuesto de renta la respuesta fue distinta pues lo relevante era analizar donde la sociedad producía los beneficios (*Braun v The Custodian*), que vendría a ser determinado por el domicilio de la sociedad (*Brown, Gow, Wilson et al v Beleggings-Societeit NV*), entendido como lugar de constitución y asiento. La perspectiva según la cual la fuente de la renta son los beneficios y no las participaciones sociales -como activo- se explica en que estas no fueron inicialmente especies de propiedad que fuera gravada con el impuesto sobre la renta. Para las entidades transparentes, distintas sentencias plantean la cuestión de si la propiedad que tienen los partícipes se predica sobre el negocio mismo o sobre los intereses en el *partnership*, inclinándose por lo primero en casos sobre tributos sobre sucesiones como *Laidlay v The Lord Advocate* y en el impuesto sobre la renta en *Colquhoun v Brooks*. vid. GAMMIE 2010: p. 33 y ss.

<sup>41</sup> Se ha propuesto que el criterio de origen respecto de los dividendos evitaría el fraude fiscal. KEMMEREN 2001: p. 341 y ss.

<sup>42</sup> Tal como lo pone de presente PATRICK, existen unas pocas pero importantes excepciones, como la legislación australiana que ha considerado que “la fuente de un dividendo es el emplazamiento geográfico en el que se encuentra el fondo de beneficios con el que la sociedad paga los dividendos”. O la norteamericana, que considera de fuente nacional una parte de los dividendos pagados por sociedades extranjeras si estos provienen de utilidades compuestas sustancialmente –actualmente en un 25%- por ingresos vinculados efectivamente con un *trade or business* en los Estados Unidos. PATRICK 1980: p. 95-96; AULT & BRADFORD 1990: p. 14; ROHATGI 2008: p 469; MC DANIEL, REPETTI & RING 2014: p. 35. Sin embargo, estos estados no aplican retención en la fuente para éstos dividendos. vid. MCEUA: *Technical Explanation*, p. 37; HARRIS 2014: aptdo. 3.3.

<sup>43</sup> El Comité de los Cuatro Economistas consideró que existen dificultades para aplicar el principio de origen a una empresa deslocalizada, por lo cual, el Estado de domicilio debería gravar los dividendos ya que sería más fácil de determinar y porque el origen de la riqueza generada por una participación en una entidad está muy vinculado a la personalidad de la misma. Hoy por hoy el criterio objetivo de conexión mayormente aceptado es el de la fuente entendido como la residencia de la entidad distribuidora, con lo cual hay una aceptación parcial de la tesis de los Cuatro Economistas, pues no es precisamente la personalidad jurídica de la entidad lo que justifica el gravamen de los dividendos en el Estado de la residencia de la entidad distribuidora, sino la vinculación de ésta última con un territorio por criterios de conexión subjetivos. En efecto, la residencia fiscal, actualmente, viene determinada por factores tales como el lugar de constitución de la sociedad, su domicilio comercial o la sede de dirección efectiva. LEAGUE OF NATIONS 1923; VANN 2009: p. 212. Cfr. En España el art. 13.1.f. TRLIRNR y en Colombia el art. 24 ET.

La importancia de la definición de dividendos en los impuestos reales no se limitó a los criterios de conexión, pues como se aprecia en la Tarifa III de Ley Reguladora de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria<sup>44</sup> sobre la imposición de los beneficios de las sociedades, se prohibía deducir las remuneraciones del capital social, los bonos de disfrute y cualquier tipo de participación en los beneficios de la sociedad –i.e. los dividendos-. No se previó una definición de dividendos autónoma-tributaria, y la doctrina ha entendido que el legislador asumió la definición mercantil<sup>45</sup>, al punto de que la designación del sujeto pasivo de la contribución se basaba en la determinación la existencia de una persona jurídica plenamente diferenciada de sus miembros a efectos jurídico-privados, así como la inclusión o atribución de beneficios en la contabilidad de la entidad<sup>46</sup>. Dicha prohibición de deducir dividendos se ratificó en la Reforma de 1978 y se mantiene hasta los tiempos actuales en el art. 15 de la LIS de 2014.

Además, como un tercer uso del concepto, la mencionada Tarifa III permitió a las sociedades atenuar la doble imposición económica sociedad-socio por los dividendos recibidos de otras sociedades sujetas a esa misma Tarifa, a través de la deducción equivalente al 80% del tipo aplicado sobre los dividendos recibidos<sup>47</sup>. Medidas semejantes se han mantenido en la historia del IS español, incluso en la reforma de 1978 se concedió una deducción en la cuota equivalente al 50% “de la cantidad que resulte de aplicar al importe de los dividendos o participaciones, el tipo medio efectivo de gravamen que se haya aplicado a la Sociedad que reparte los dividendos o participaciones.”<sup>48</sup> Ese porcentaje aumentaría al 100%, cuando hubiere una participación sustancial del 25%, logrando así una eliminación total de la doble imposición económica. Estas características del IS se mantienen hasta el TRLIS vigente hasta el 2014, con algunos desarrollos particulares<sup>49</sup> y la nueva LIS vigente a partir del 1 de enero de 2015 dio un vuelco al establecer la exención de los dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos

---

<sup>44</sup> Ley de 22 de septiembre de 1922, modificada por el Decreto-ley de 15 de diciembre de 1928 que son el antecedente del impuesto de sociedades y se superponía a la Contribución Industrial y de Comercio que era un tributo independiente. En general sobre la evolución de los impuesto sobre la renta: HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GALÁN 1979: p. 387-400.

<sup>45</sup> CENCERRADO 2012: p. 878-879.

<sup>46</sup> ALCALÁ & GONZÁLEZ 1929: p. 143-144.

<sup>47</sup> Cfr. CENCERRADO 2012: p. 878-879.

<sup>48</sup> art. 14 Ley 61/1978. RUIZ GARCÍA 1991: p. 80 y ss.

<sup>49</sup> art. 30 TRLIS

propios de entidades residentes y no residentes en territorio español recibidos de entidades nacionales<sup>50</sup>.

El IRPF regulado en la reforma de 1978 mantuvo algunas características de los sistemas analíticos predecesores, al conservar la enumeración de los componentes de renta, en particular los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital, los rendimientos derivados de explotaciones económicas y los incrementos patrimoniales no gravados por el impuesto de sucesiones y donaciones. De nuevo los dividendos fueron calificados como rendimientos del capital, pero a pesar de estar dentro de tal género, se beneficiaba de un sistema de imputación según el cual se permitía una deducción en la cuota para eliminar la doble imposición económica sociedad-socio<sup>51</sup>. No obstante, a partir de 1995 se incorporó un sistema de imputación estimativo<sup>52</sup> que tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006, cuando se dispuso que los dividendos obtenidos por personas físicas deben soportar doble imposición económica, aunque hasta 31 de diciembre de 2014 existe una exención de los primeros 1.500 euros de dividendos decretados formalmente según el Derecho societario<sup>53</sup>, y por ser parte de las rentas del ahorro se ven sujetas a una imposición reducida respecto de la base imponible general. A partir 1 de enero de 2015 se elimina dicha exención<sup>54</sup>.

Se observa entonces que históricamente la definición de dividendos ha sido relevante tanto en los impuestos reales, como en los personales sintéticos y, de hecho, cuando los primeros Convenios fueron elaborados a finales del siglo XIX y comienzos del XX fue necesario considerar todos estos tipos de sistemas de imposición y encuadrarlos en dichos tratados de forma comprensiva<sup>55</sup>. En especial, se buscaba armonizar la tributación a través de

---

<sup>50</sup> Ley 27/2014 de 27 de noviembre, (LIS) art. 21.

<sup>51</sup> Para mayores detalles sobre la operativa de este sistema: RUIZ GARCÍA 1991: p. 80 y ss.

<sup>52</sup> vid. GONZÁLEZ-CUELLAR 2003: p. 119 y ss.

<sup>53</sup> Lit. y), art. 25 LIRPF.

<sup>54</sup> Artículo primero. Cuatro de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. LIRPF.

<sup>55</sup> Tal y como lo reconocería el Comité de los cuatro economistas en 1923 al categorizar los sistemas de imposición directa de la época, lo visto respecto de España, es la evolución que tuvo el impuesto en distintos países de Europa continental y que en los siguientes tres grupos, aquellos: a) que incorporan varios impuestos que gravan distintos objetos y cosas que reflejan riqueza; b) sistemas que gravan de forma separada diferentes tipos de riqueza, pero agregan cada uno para calcular una suerte de renta total que luego es gravada con un



impuestos de producto que operaban de forma similar a la contemporánea retención en la fuente, con los impuestos personales que recaían sobre la renta mundial de los sujetos. En buena medida puede decirse que los CDI clasifican las rentas gracias al momento histórico en que surgen. Con la llegada de los impuestos globales, las fuentes de las rentas han seguido siendo relevantes para determinar elementos de conexión objetivos (el origen o fuente), establecer regímenes especiales para ciertas rentas, como las del ahorro, pero en especial, y en lo que interesa a esta Tesis, para determinar cuáles de los pagos hechos por la sociedad a sus propietarios no son deducibles de la base imponible de aquella, y cómo los socios pueden atenuar la doble imposición económica. A continuación se revisan las principales diferencias que se encuentran en el derecho comparado en el tratamiento de los dividendos respecto de otras rentas.

## **1.2. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR A LOS DIVIDENDOS DE LAS DEMÁS RENTAS EN EL DERECHO INTERNO**

Existen principalmente dos grupos normas en los impuestos sobre la renta que usan el concepto de dividendo para determinar consecuencias jurídicas: a) aquellas que tratan de los dividendos pagados por una entidad residente a un sujeto residente o no; y, b) aquellas que gravan los dividendos pagados por una entidad no residente obtenidos por un sujeto residente<sup>56</sup>. Para cada uno de estos grupos las definiciones de dividendos pueden ser distintas, ya que versan sobre dos objetos imposables igualmente distintos. En el primer caso se trata de los beneficios distribuidos que han sido objeto de imposición por ese mismo Estado con base en Impuesto sobre Sociedades, mientras que en el segundo caso se trata de una distribución del beneficio de una entidad no residente, de la cual no se sabe su nivel de imposición en el otro Estado, pero que se grava por consistir en un enriquecimiento de un sujeto con obligación personal de contribuir. En la medida en que la legislación del Estado de residencia del beneficiario no determina las características mercantiles ni tributarias de los dividendos pagados por la entidad extranjera, ni de los beneficios de éstas, las asimetrías y faltas de neutralidad pueden surgir.

---

impuesto suplementario; c) impuesto sobre la renta que recae sobre el total de recursos anuales. LEAGUE OF NATIONS 1925.

<sup>56</sup> Para simplificar la lectura hemos usado la palabra residente para referirnos al sujeto por obligación personal de contribuir.

### **1.2.1. DIVIDENDOS PAGADOS POR ENTIDADES RESIDENTES (OUTBOUND DIVIDENDS)**

La necesidad de distinguir a los dividendos de las demás rentas proviene de la admisión de las personas jurídicas y otras entidades como sujetos de los impuestos sobre la renta<sup>57</sup>. En efecto, la construcción de los impuestos sobre las sociedades ha supuesto la necesidad de diferenciar entre los beneficios que derivan de la inversión como propietario en una unidad imponible independiente, la obtención de rentas a través de una entidad transparente, así como de aquellas que son producto de las meras concesiones de endeudamiento. Ello fundamentalmente porque los pagos realizados a los socios en el primer caso no son deducibles, en el segundo caso no tiene efectos tributarios, pues la entidad no es considerada independiente, mientras que en el tercer caso los pagos existen y suelen ser deducibles de la base imponible de la entidad pagadora. Ello sin olvidar que la enajenación de la participación en una sociedad en muchas legislaciones da lugar a una renta o ganancia patrimonial que puede estar sujeta a otro impuesto o a consecuencias jurídicas distintas a las que aplican a las rentas ordinarias como los dividendos.

La causa de la no deducibilidad de los dividendos que impera en la mayoría de los ordenamientos<sup>58</sup> tiene una primera explicación en el derecho mercantil que impide repartir dividendos antes de determinar las utilidades del periodo. Esto se manifiesta en la técnica y normativa contable que entiende a los dividendos cómo la distribución de los resultados positivos –utilidades o beneficios- del periodo o acumulados en el patrimonio a los propietarios de la compañía, sin que estos últimos deban entregar algo a cambio, lo que supone que los activos de la compañía disminuyen y los de los propietarios aumentan<sup>59</sup>. A tal efecto, los dividendos dependen y se basan en las cuentas de pérdidas y ganancias<sup>60</sup>, lo

---

<sup>57</sup> En esa línea SCHÖN indica que “...la división entre deuda y fondos propios no puede ser fácilmente descartada, como quiera que tres grandes opciones fiscales son mantenidas por los legisladores en todo el mundo: (1) la existencia de un régimen específico de transparencia para sociedades de personas para la tributación transparente de entidades que desarrollan negocios; (2) la existencia de impuestos sobre sociedades como malla de protección de la tributación de los beneficios retenidos; y (3) los efectos diferenciados en la renta de intereses fijos y la renta contingente, causados por la competencia fiscal internacional.” SCHÖN 2012: p. 502.

<sup>58</sup> DUNCAN 2000: p. 33-34; HINNY 2008: p. 20; BROWN 2012: p. 28

<sup>59</sup> HELMINEN 2010: p. 1.

<sup>60</sup> vid. GRUNDMANN 2007: p. 298.

cual remite a la cuantificación de los ingresos y gastos en el periodo<sup>61</sup> que, como es bien sabido, incide en la determinación de las utilidades susceptibles de ser distribuidas<sup>62</sup>. Una vez se determinan las utilidades del periodo, las mismas pasan a engrosar el patrimonio neto de la compañía, y cuando se hayan decretado formalmente y se cumplan las demás condiciones para la existencia del crédito, constituirán una cuenta del pasivo a favor del socio o accionista<sup>63</sup>. Así, el derecho mercantil y la contabilidad influyen en la fiscalidad de los dividendos, puesto que estos últimos se cuantifican una vez se ha fijado la utilidad susceptible de ser distribuida<sup>64</sup>.

Los ordenamientos regulan la no deducibilidad de los dividendos asumiendo definiciones que pueden coincidir o no con los del Derecho privado. En España por ejemplo, el art. 15 de la LIS de 20'14 indica que no serán fiscalmente deducibles los gastos que representen una retribución de los fondos propios<sup>65</sup>, estos últimos se definen según el art. 25 de la LIRPF como un tipo de rendimientos del capital mobiliario **obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad**, lo que incluye las distribuciones de utilidades formalmente decididas por los propietarios –“dividendos” desde un punto de vista mercantil-, y enumera una serie de distribuciones “atípicas” o informales<sup>66</sup>. La utilización de la fuente de la renta –los fondos propios- tiene lógica para definir los gastos no deducibles, pues la determinación del beneficio es necesaria para fijar los dividendos.

---

<sup>61</sup> Ello sin perjuicio que un periodo pueda afectarse por aquellos “vasos comunicantes” con periodos anteriores y futuros, cómo el concepto de remanente que es aquella cuenta que recoge los beneficios no distribuidos ni aplicados en las cuentas anuales del periodo anterior.

<sup>62</sup> En particular, la materialización de los principios de prudencia y de información puede llevar a una mayor o menor dimensión de los riesgos que deban anticiparse –provisiones-, y incluso a crear reservas ocultas, entendidas estas como aquellas que consisten en una diferencia entre la valoración a precios de mercado de los activos o pasivos y el valor contabilizado al valor histórico. BÁEZ 2005: p. 210.

<sup>63</sup> NIC 10.12, 37.20.

<sup>64</sup> De forma indirecta, la utilidad contable afecta la determinación de la base imponible de la sociedad que los distribuye y, de forma directa, la contabilidad puede determinar la causación o cuantificación del hecho imponible de los dividendos esté regulada, por remisión, en las normas contables. En relación con los modelos de “dependencia” y “autónomos” de determinación de la base imponible. vid: ZORNOZA & BÁEZ 2010: p. 429-479.

<sup>65</sup> La LIS de 2014 en el art. 15.a) mantiene la misma regla, pero aclara que son fondos propios los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable. Asimismo, tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.”

<sup>66</sup> Pareciera que el término “dividendos” empleado en el art. 25 LIRPF tiene el mismo significado mercantil.

En otras palabras, definir dividendos como distribuciones de beneficios llevaría a un sinsentido, pues para calcular los beneficios habría que fijar cuales pagos no son deducibles y dentro de estos a los dividendos<sup>67</sup>.

La no deducibilidad de los dividendos y el otorgamiento de un régimen fiscal particular para el beneficiario de los mismos es un asunto que se encuentra en el medio de uno de los más importantes debates de la hacienda pública moderna y contemporánea, de manera que las razones mercantiles dadas atrás son sólo el punto de partida del análisis. En efecto, el concepto de dividendo resulta fundamental en la concepción del impuesto sobre sociedades, ya que si bien este tributo existe en la mayoría de los países y se considera uno de los pilares de los sistemas tributarios<sup>68</sup>, lo cierto es que tiene distintos fundamentos y papeles en los mismos<sup>69</sup>. Ello porque si bien las sociedades empezaron a ser contribuyentes de los tributos porque el elemento subjetivo del hecho generador estaba redactado de forma amplia<sup>70</sup> comprendiendo a quienes fuesen sujetos de derecho según la legislación civil y mercantil<sup>71</sup>, en el fondo yacía un asunto económico de gran envergadura, que es la doble imposición sociedad-socio o su opuesto el diferimiento de la renta mediante sociedades. Ambos fenómenos han provocado cuestiones en torno al principio de capacidad

---

<sup>67</sup> HARRIS 2013: p. 181 y ss. En la misma línea, se ha afirmado que en la medida en que los dividendos no se pueden deducir para determinar el beneficio, la referencia a su fuente resulta imprescindible. En concreto, la mención a las participaciones sociales o a los fondos propios. Ello da lugar al problema del *debt equity conundrum*. KOK 2014: aptdo. 1.

<sup>68</sup> RUIZ GARCÍA 1991: p. 17, citando a NEUMARK quien considera que los impuestos de sociedades, sobre la renta y el general sobre las ventas constituyen los pilares de un sistema tributario ideal. NEUMARK 1974: p. 462 y ss.

<sup>69</sup> Una interesante discusión en torno a la función del impuesto de sociedades, sus pros y contras desde un punto de vista jurídico y económico, se encuentra en la doctrina estadounidense. Con las referencias ahí citadas: BRAUNER 2008. Ver también: RUIZ GARCÍA 1991: p. 17 y ss.; CORONA 1992: p. 60 y ss.; COUZIN 2002: p. 15-18; HARRIS 2013: p. 144-148.

<sup>70</sup> Aunque los impuestos sobre la renta se aplicaron inicialmente a las personas físicas, el reconocimiento de la capacidad de las personas jurídicas supuso su consideración como obligados de los impuestos sobre la renta que se referían a las “personas”, “el que” o “quienes” obtengan o deriven ingresos, hecho que fue reconocido expresamente en Estados Unidos al incluir a las *corporations* en 1913. Sin embargo, fue en 1925 en Alemania donde se adoptó por primera vez un impuesto sobre sociedades separado, marcando una tendencia que se extendería por el mundo, que quizás inspirada por la teoría del realismo de las sociedades, incluso empezó a comprender también a ciertos tipos de entidades sin personalidad jurídica, pero propias de la tradición jurídica de cada Estado, como las fiducias y los *trust*. OECD 1999: p. 10-11; vid. HARRIS 2013: p. 22 y ss.

<sup>71</sup> La tributación de las sociedades “se deriva inexorablemente de la determinación de que la sociedad constituida era una persona, cuyas obligaciones incluirían la responsabilidad de pagar impuestos.” COUZIN 2002: p. 17-18.

contributiva y que los ordenamientos responden de diversa forma variando la función del concepto de dividendo doméstico.

Existen al menos tres tipos de argumentos que defienden la existencia de *sistemas clásicos*, es decir, aquellos que permiten o avalan la doble imposición económica considerando al impuesto de sociedades como un tributo independiente del Impuesto de renta sobre las personas físicas (IRPF)<sup>72</sup>. En primer lugar, existen explicaciones ligadas a la teoría de la equivalencia y el principio del beneficio, según los cuales, económicamente la concesión de la personalidad jurídica y el acceso a las prestaciones estatales justifica la imposición de las sociedades, pues el Estado vendría a ser un “socio oculto”<sup>73</sup>. En segundo lugar, también se ha defendido que las entidades tienen una capacidad contributiva autónoma e independiente de la que demuestran las personas físicas<sup>74</sup>. Finalmente, un tercer grupo se fundamenta en razones de política fiscal, como que la ausencia de gravamen en uno u otro sujeto causaría un diferimiento del impuesto por las rentas no distribuidas, un quebrantamiento a la generalidad del impuesto y, que a nivel internacional la doble imposición económica sociedad-socio evita muchos problemas. Pues bien, los ordenamientos clásicos fueron comunes en los sistemas tributarios hasta mediados del siglo XX, desaparecieron en muchos estados durante la segunda mitad del siglo, y han sido retomados por algunos estados entrando el siglo XXI<sup>75</sup>.

Ahora bien, las teorías que soportan la existencia del impuesto sobre las sociedades independiente han sido criticadas porque el beneficio de la personalidad jurídica no tiene un nexo claro con el impuesto, pero sobre todo porque la renta como concepto global solo puede ser obtenida por una persona física, que es quien tiene necesidades vitales. En otras palabras, las sociedades no tienen capacidad contributiva independiente de la de sus propietarios, de forma que obtendrán rendimientos, beneficios, pero nunca renta. Además,

---

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

<sup>73</sup> Se trata de argumentos mayormente económicos. RUIZ GARCÍA 1991: p. 18-21.

<sup>74</sup> La Escuela de Pavía a la cabeza de GRIZIOTTI y VANONI es reconocida por argumentar que se trata de dos contribuyentes distintos con capacidad económica independiente y además que el ingreso por dividendos es como cualquier otro que puede recibir un contribuyente. vid. RUIZ GARCÍA 1991: p. 21

<sup>75</sup> VANN 2003: p. 23-24; HARRIS 2010: p. 573-588.

salvo en las sociedades cuyo capital esté muy disperso, es claro que estas entidades son usadas para que los socios realicen una renta personal que se atribuye a la entidad hasta tanto esos mismos sujetos no decreten el reparto de los beneficios<sup>76</sup>. Si dicha capacidad no existe en la entidad, el impuesto de sociedades solo podría ser un impuesto a cuenta del de las personas físicas. Incluso, en las sociedades cotizadas donde podría justificarse una capacidad contributiva independiente para la misma, habría que considerar como deducibles a los dividendos pagados del impuesto para ser coherentes<sup>77</sup>, porque además, teniendo en cuenta que los administradores deciden la política de pago de los dividendos, la existencia de doble imposición económica podría causar el fenómeno de la preferencia de los administradores por la retención de utilidades sobre la distribución abordado por la literatura financiera<sup>78</sup>.

Los argumentos más agudos en contra de los sistemas clásicos han venido desde la doctrina económica, que ha justificado que la sociedad es meramente una conductora de la renta (*conduit theory*<sup>79</sup>), que no tiene una capacidad económica independiente a la de sus propietarios, de ahí que autores de la talla de MUSGRAVE hayan cuestionado su existencia por razones de equidad<sup>80</sup>, aunque vale precisar que ha sido discutible si realmente el IS lo soportan los dueños del capital de la entidad, o si también recae sobre los consumidores o trabajadores<sup>81</sup>. Además, se ha mencionado que el impuesto de sociedades, o al menos su no integración con el IRPF, genera ineficiencias que se concretan en las siguientes distorsiones:

---

<sup>76</sup> RUIZ GARCÍA 1991: p. 25; HARRIS 1996: p. 43.

<sup>77</sup> RUIZ GARCÍA 1991: p. 26-27.

<sup>78</sup> SCHÖN 2010: p. 69. El autor hace referencia al debate sobre la política de dividendos en: BREALEY, MYERS & ALLEN 2011: p. 391 y ss. Aunque el autor alemán cita la edición de 2006: p. 112.

<sup>79</sup> Nombre acuñado por Mc LURE 1980: p. 20.

<sup>80</sup> MUSGRAVE & MUSGRAVE 1981: p. 592-593. Al tiempo, se arguye que es un modelo que contribuye a la dispersión de tipos de gravámenes y que se muestra contrario a la equidad horizontal, pues actividades idénticas resultarán gravadas de forma diferente según sean realizadas a través de sociedades o directamente por las personas naturales. VANN 2003: p. 23-24; ALBI IBÁÑEZ 2007, p. 11-30; ALBI IBÁÑEZ 2010: p. 16 y ss. En tiempos recientes se afirma con naturalidad que económicamente el impuesto de sociedades es objeto de traslación a todos los propietarios del capital, con lo cual no se estaría gravando una capacidad contributiva independiente, y por esto no se trataría de un tributo que busca la justicia fiscal. BRAUNER 2008: p. 629-635. Este autor destaca que los consumidores y trabajadores soportan algo de carga fiscal, pero no está claro cuánto y cuando se produce la misma, lo que genera una importante discusión desde un punto de vista internacional. vid. p. 634.

<sup>81</sup> vid. CORONA 1992: p. 76; BRAUNER 2008: p. 634.

- en la propia organización de la empresa, ya que la creación de entidades sujetas al impuesto sobre sociedades resulta más onerosa en términos fiscales que la realización directa –como persona física- de las actividades económicas;
- en la financiación con capital y endeudamiento, pues se favorece a esta última; y,
- en la política de aplicación de beneficios, por cuenta de estímulos negativos para el reparto de dividendos e incentivos para la retención de utilidades o para las distribuciones en forma de ganancias de capital<sup>82</sup>.

Estas tres asimetrías son la causa de la puesta en tensión del concepto de dividendo que aborda esta Tesis, que si bien mantiene los tres elementos mercantiles, a saber: una entidad distribuidora (sociedad), una participación social en la misma y un rendimiento que tiene como causa esa participación; las normas fiscales redefinen su contenido para evitar situaciones de arbitraje fiscal. Pero siendo la definición objeto de posteriores Capítulos, por ahora interesa destacar que han surgido posiciones propendiendo porque “los beneficios obtenidos por los empresarios que operan a través de una sociedad deberían ser gravados una sola vez”<sup>83</sup>, aunque los métodos para lograr este cometido varían.

La imposición única de los beneficios empresariales se lograría a través de la eliminación del IS del sistema tributario, como se propone en los sistemas de unidad (*single-tax pattern*), aunque ello parece un tanto utópico actualmente, dada la importancia recaudatoria del tributo y la complejidad que envolvería gravar a los accionistas de sociedades de capitales gran dimensión. En la práctica, estas últimas suelen estar gravadas de forma independiente, aunque las sociedades de personas, profesionales y de pequeña dimensión son a veces excluidas del subjetivo de aplicación del tributo<sup>84</sup>. Bajo los sistemas de unidad el concepto de dividendo no tiene una importancia fiscal, puesto que la renta se atribuye directamente a los socios, accionistas o partícipes y se sujetan de forma completa y final. Sin embargo, cuando se aplican sistemas de unidad y de doble impuesto simultáneamente, o incluso, cuando dentro de éstos últimos se crean regímenes fiscales distintos respecto de ciertos vehículos para realizar actividades económicas (sociedades de capitales, sociedades personalistas –*partnerships*-, entidades sin ánimo de lucro o del sector social) se crean faltas de neutralidad.

---

<sup>82</sup> CORONA 1992: p. 63-66.

<sup>83</sup> DOENBERG 1995, pp. 3-15.

<sup>84</sup> vid. ALBIÑANA 1974: p. 105; TURONYI 2003: p. 277; GONZÁLEZ-CUÉLLAR 2003: p. 54 y ss.; BARENFELD 2005: p. 102-103.

Cuando existe el IS en un sistema tributario, en realidad existe un doble impuesto (*double-tax patterns*) que, a diferencia de los sistemas de unidad<sup>85</sup> (*single-tax pattern*), suponen que la carga impositiva total y final “es dividida entre la tributación actual de la entidad (impuesto de sociedades) y la tributación de los propietarios sobre la distribución.”<sup>86</sup> Así, el legislador fiscal analizará cuáles sujetos tienen entidad suficiente para ser considerados sujetos independientes y cuáles no, considerando que la clasificación es fundamental para determinar:

- 1) la persona sujeta a imposición (los propietarios o la entidad).
- 2) el aspecto temporal del hecho imponible en cabeza de los socios (cuando se obtengan los beneficios o cuando se distribuyan los mismos).
- 3) el tipo de renta y la imposición que recae sobre los socios (beneficios empresariales o dividendos);
- 4) la persona que tiene derecho a eliminar la doble imposición internacional (el propietario o la entidad)<sup>87</sup>.

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

Se ha reconocido que el IS es fuente de importantes recursos de los presupuestos públicos, que sería complejo aplicar la transparencia en sociedades abiertas y cotizadas, y que su supresión, como lo sugieren los sistemas de unidad, no ha sido aplicada por los estados. En consecuencia, se ha propuesto entender y diseñar el IS como un tributo que opera para

---

<sup>85</sup> Así por ejemplo en: ALBIÑANA 1974: p. 105;

<sup>86</sup> BARENFELD 2005: p. 102-103.

<sup>87</sup> BARENFELD 2005: p. 126. Cómo método para eliminar la doble imposición económica la transparencia puede presentar una enorme complejidad cuando se trate de atribuir la renta a los socios de una entidad cotizada con el capital muy disperso.



evitar el diferimiento de la renta, de forma que permita el gravamen en el Estado de la fuente de los inversionistas no residentes<sup>88</sup>, y se constituya como una garantía y anticipo del impuesto sobre la renta de los socios residentes (*withholding function*)<sup>89</sup>. Por ello, se ha considerado necesario eliminar la doble imposición económica, reconociendo además que las rentas del capital son altamente volátiles, en tanto que su fuente puede ser mutada con facilidad, o incluso su gravamen puede constituir desincentivos para la inversión que resultan poco recomendables en un contexto donde la competencia fiscal internacional pulula. Por tanto, el régimen tributario de los beneficios de las empresas y sus distribuciones debe propender por la neutralidad<sup>90</sup>, y en lo que atañe a este apartado, aquella que propende por la importación de capitales (*capital import neutrality*). Así, se proponen sistemas que eliminan o atenúan la doble imposición económica, que se clasifican según afecten a la entidad que distribuye o al receptor de los dividendos<sup>91</sup>.

Los sistemas que afectan la tributación de la entidad distribuidora comprenden, en primer lugar, el de deducción (*dividend deduction system*) en la base imponible de la misma, del monto total o parcial de los dividendos, o de un valor ficticio de los mismos<sup>92</sup>. En segundo

---

<sup>88</sup> Es un secreto a voces que una visión contemporánea del impuesto de sociedades lo aprecia como un mecanismo que, atendiendo a criterios de competitividad, permite gravar en la fuente las rentas derivadas de un país. vid. HARRIS 2013: p. 146.

<sup>89</sup> “On this basis, a corporation may be viewed as simply a vehicle through which individuals derive income that, when corporate profits are retained, involves the temporary allocation of corporate income to the corporation for tax purposes. This is consistent with the nature of a corporation as a collective investment vehicle, can be consistent with the realisations basis of the income tax (see introduction) and is not inconsistent with the ability to pay principle.” HARRIS 2013: p. 147. vid. sobre “withholding function” COUZIN 2002: p. 16 “Corporations are a convenient place to impose and collect tax on income earned, in economic terms, by their shareholders. Taxing companies prevents deferral or, in the case of foreign shareholders, outright exemption of local income earned through the corporate vehicle. It also permits, in practice, the collection of tax with the least political effort and, given the lack of full imputation of corporate tax in most countries, of a greater amount of tax than would otherwise be the case.”

<sup>90</sup> AVY-YONAH & CHENCHINSKI 2010: p. 2. Una tarifa efectiva muy alta desincentivaría la constitución de sociedades o entidades sujetas a impuestos de sociedades, la financiación a través de instrumentos cuyos pagos resulten deducibles, dando lugar a fenómenos de capitalización encubierta.

<sup>91</sup> Una clasificación similar en: CORONA 1992: p. 89.

<sup>92</sup> El resultado de éste sistema es similar al que se obtiene con otros mecanismos de integración en cuanto a su reducción de la doble imposición económica, pero la forma que se llega al resultado es distinta, pues la sociedad es gravada por los beneficios no distribuidos, y los socios/inversionistas por los beneficios distribuidos, lo cual genera un grado de neutralidad superior al de los sistemas de integración o de exención, puesto que en estos últimos los dividendos se gravan en cabeza de la sociedad, mientras que los intereses en cabeza de los prestamistas/inversionistas. Gracias a esto se ha argumentado con mucho fundamento, que éste sistema logra reducir los incentivos negativos que producen los sistemas clásicos de forma mucho más asertiva, ya que evita las complejidades del sistema de imputación y de exención, cuando se busca que los beneficios fiscales de la sociedad solo influyan el comportamiento de la administración de la misma, pero

lugar, los sistemas de reducción de la cuota que pueden consistir en una división del tipo, aplicando el general para los beneficios no distribuidos y un tipo reducido para los dividendos (*Split-tax rate system*)<sup>93</sup>, o bien por la aplicación de un descuento o deducción en la cuota del impuesto de renta de la entidad distribuidora<sup>94</sup>.

Los sistemas que afectan al receptor de los dividendos son los de imputación o crédito fiscal (*imputation system*), exención parcial o total, de distribución del tipo y analíticos (*schedular tax system*)<sup>95</sup>. El sistema de imputación permite que el impuesto sobre las utilidades de la entidad distribuidora pueda ser acreditado por el receptor cuando exista un reparto de dividendos, bajo el entendido de que las utilidades serán gravadas al tipo efectivo de este último. Para el efecto, el ingreso para el accionista es reconstituido (*gross-up*) considerando las utilidades de la sociedad antes de impuestos, y gravado con el tipo que se corresponda al receptor de los dividendos según su naturaleza, permitiéndosele descontar o acreditar en la cuota (*tax credit*) el impuesto subyacente atribuible al dividendo<sup>96</sup>. El crédito puede ser variable o fijo. El primero puede ser a su vez total (*full imputation*) o parcial (*partial imputation*). Los sistemas de crédito son actualmente utilizados en Nueva Zelanda, Australia y Canadá, aunque durante la segunda mitad del siglo XX fueron ampliamente utilizados por los países por ser teóricamente los más adecuados en términos de equidad y neutralidad tanto frente a otras fuentes de rendimientos, como frente a las inversiones nacionales y extranjeras (neutralidad en la exportación de capitales)<sup>97</sup>. Desde finales de los noventa los estados han venido abandonando el sistema de imputación porque presenta problemas estructurales, que al tratar de ser corregidos vuelven

---

no a los accionistas, al tiempo que genera incentivos para repartir dividendos, y hace neutral la financiación a través de deuda o de capital. AVY-YONAH & CHENCHINSKI 2010: p. 1-11.

<sup>93</sup> HARRIS 1996: p. 64–65.

<sup>94</sup> Se trata de un sistema de imputación al nivel de la entidad que distribuye los dividendos. El ejemplo más significativo es el “advance corporation tax system” (“ACT” system) utilizado por el derecho británico desde 1973 hasta 1999, y consistente en la posibilidad de deducir de la base imponible del impuesto de sociedades el monto del ACT. HARRIS 1996: p. 65.

<sup>95</sup> vid. ROGERS-GLABUSH, J. & IBFD 2009: p. 142; HARRIS 1996: p. 60–62.

<sup>96</sup> párr. 49, art. 10 MCOCDE.

<sup>97</sup> El crédito puede ser variable o fijo. El primero puede ser a su vez total (*full imputation*) o parcial (*partial imputation*). Los sistemas de crédito son actualmente utilizados en Nueva Zelanda, Australia y Canadá<sup>97</sup>, aunque durante la segunda mitad del siglo XX fueron ampliamente utilizados por los países por ser teóricamente los más adecuados en términos de equidad y neutralidad tanto frente a otras fuentes de rendimientos, como frente a las inversiones nacionales y extranjeras (neutralidad en la exportación de capitales) vid. ROGERS-GLABUSH, & IBFD 2010: p. 228. AULT & ARNOLD 2010: p. 406-407. HARRIS 2010: p. 577; ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 14-17; párr. 40 art. 10 MCOCDE.

extremadamente complejo el ordenamiento fiscal<sup>98</sup>. En particular, el crédito fiscal en muchos estados no se concedía cuando los dividendos se pagan a no residentes, dejando irresoluta la doble imposición económica, y creando problemas de neutralidad que pueden encontrar límites jurídicos en las prohibiciones de discriminación de los CDI y de las derivadas de las libertades prescritas en escenarios de integración económica<sup>99</sup>. De hecho, el TJUE ha puesto de presente que la no concesión de un crédito fiscal a los no residentes puede vulnerar la libertad de establecimiento<sup>100</sup> o la libertad de movimiento de capitales si

---

<sup>98</sup> Uno de los problemas más importantes era determinar si los beneficios fiscales de la entidad distribuidora deberían ser trasladados a los socios o no. Quienes apostaban por el no, debían enfrentarse al problema de elegir si gravaban entonces al receptor de los dividendos, permitiéndole descontar sólo el impuesto atribuible efectivamente pagado por la sociedad, o si la compañía debía ser gravada a través de un impuesto compensatorio (*compensatory tax*) al momento de la distribución, como lo fue en Francia el *précompte*. El *précompte* “era un impuesto compensatorio bajo el sistema de imputación francés. El impuesto fue abolido en 2004. El impuesto se generaba cuando una compañía francesa distribuía rentas que no habían sido gravadas al tipo normal del impuesto de sociedades... el *précompte* se aplicaba sin distinguir entre accionistas residentes y no residentes. Cuando la renta redistribuida había soportado una retención en la fuente en aplicación de un CDI, el *précompte* generado sobre la redistribución era reducido por el monto de la retención en la fuente extranjera. El *précompte* efectivamente pagado era devuelto a los no residentes que no tuvieran derecho al *avoir fiscal*. La devolución estaba disponible para los residentes de los residentes en Estados con los que Francia tuviere CDI (sin importar que expresamente lo requiriera el CDI), los territorios franceses exteriores o miembros de la antigua Commonwealth francesa. Excepto para las compañías matrices que califiquen bajo la Directiva Matriz-Filial, la devolución del *précompte* era tratado como dividendo y estaba sujeto a la misma retención en la fuente de los dividendos.” ROGERS-GLABUSH, & IBFD 2009: p. 338. De forma similar operaba el *Advance Corporate Tax* regulado en Irlanda y Reino Unido. Sin embargo, respecto de éste último no era claro que el monto del crédito que recibía el accionista debía considerarse como dividendos a efectos de aplicar el art. 10 MCOCDE, pues la jurisprudencia australiana entendió que no lo eran (Case L23 (1979) 79 A.T.C. 110 (Board of Review, citado por: BAKER 2000: nos. 10B-07), mientras que la jurisprudencia del Reino Unido sí (*Union Texas International Corp. v Critchley*, 1990, STC 305). Sin embargo, es destacable que el CDI entre Reino Unido e Irlanda contenía una norma más clara. vid. ROGERS-GLABUSH, & IBFD 2009: p. 8, 9, 328. HARRIS 2000: p. 9.A lo anterior se sumaban las dificultades administrativas relacionadas con la determinación del impuesto sobre los beneficios de la entidad distribuidora que se comunican a la base imponible del receptor de los dividendos y la procedencia del crédito fiscal correspondiente. Sobre todo en el caso de reservas que pudieron haber sido gravadas con tipos diferentes o en aquellas circunstancias donde la liquidación del impuesto de la sociedad no esté en firme (inspecciones). Ello resulta mucho más problemático cuando el método de imputación se aplica también a las plusvalías o ganancias patrimoniales. Todo lo dicho hacía que el sistema fuera inadecuado cuando existía una diversidad de tipos nominales y efectivos en la entidad distribuidora de dividendos. Para mayor abundamiento en el funcionamiento, los problemas y la complejidad del sistema de imputación puede verse el trabajo premonitorio HARRIS 1996: en especial los Capítulos 4 y 5 del Libro I y 6 y 8 del libro segundo.

<sup>99</sup> Tempranamente lo destacó LODIN 1998: p. 238; EUROPEAN UNION, COMMISSION 2010.

<sup>100</sup> Esta libertad puede verse infringida cuando los dividendos son atribuibles a un EP del Espacio Económico Europeo o de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) sito en Estado de residencia de la entidad que hace la distribución y no se le permite utilizar el crédito fiscal mientras que a los residentes sí, tal como el TJUE lo puso de presente en el caso *Avoir Fiscal* (270/83) HELMINEN 2011: p. 85–90. TJUE, 28 de enero de 1986, Caso 270/83, *Comisión de la Comunidad Europea vs. República de Francia, Avoir Fiscal*. párr. 27-28. Vale la pena mencionar que en este caso se considera la restricción contraria a la libertad de establecimiento debido a la presencia de un EP.

el Estado de residencia de la entidad distribuidora grava los dividendos<sup>101</sup>. Esta jurisprudencia ha dado una estocada final a los sistemas de crédito dentro del ámbito europeo, que no ha sido ajena a críticas de la doctrina<sup>102</sup>.

El sistema de exención resuelve muchos de los problemas que plantea el de imputación, aunque no es teóricamente el mejor. Como su nombre lo indica, significa que la entidad receptora de dividendos no incluirá (exención total) o incluirá parcialmente (exención parcial) en su base imponible los ingresos por dividendos. La exención parcial es utilizada en algunos sistemas del tipo dual y en sistemas analíticos contemporáneos<sup>103</sup>. Desde una perspectiva internacional, el sistema puede operar como una exención en origen que supone excluir a los dividendos del gravamen en el Estado de residencia de la entidad distribuidora, en el entendido de que las utilidades de la misma ya han sido sujetas a imposición<sup>104</sup>. Este método puede tener restricciones y aplicarse únicamente a dividendos obtenidos por residentes, o por el Estado y otras entidades públicas<sup>105</sup>, lo que, según las circunstancias, podría dar lugar a discriminación en el marco del Derecho de la Unión Europea<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> El TJUE en el caso *Class IV Act* indicó que un Estado que otorga un crédito fiscal para evitar la doble imposición económica de los dividendos recibidos por sus residentes y por residentes de estados con los cuales los CDI así lo prevean, puede no otorgar dicho crédito a los residentes en terceros Estados si bajo el derecho interno o un CDI no grava los dividendos. TJUE, 12 de diciembre de 2006, Caso C-378/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*. Sobre la libertad en juego vid. ZORNOZA 2014: pp. 37 y ss.

<sup>102</sup> Excede del objeto de éste trabajo abordar estas cuestiones. En general, para el análisis de la integración negativa en materia de tributación de los dividendos y su falta de coherencia. vid. GRAETZ & WARREN 2007: pp. 1577-1623; LANG 2008: pp. 67-77; ENGLISCH 2010: pp. 197-221; TERRA & WATTEL 2012: pp. 1045-1063; KOFLER 2012: p. 77, nota 7; ZORNOZA 2014: pp. 33-74, p. 55-57.

<sup>103</sup> La exención parcial es utilizada en algunos sistemas del tipo DUAL y en sistemas cedulares contemporáneos. Por ejemplo algunos países adoptan el sistema de *half income method* que grava únicamente el 50% de los dividendos pagados. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee. *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*. 19/12/2010. p. 4-5. Ello permite que el impuesto de sociedades más el impuesto sobre los dividendos se acerque al tipo marginal máximo de los impuestos de personas físicas. Además la exención puede ser con progresividad, lo que supone que los ingresos se tienen en cuenta para definir el tipo progresivo, pero no integran la base imponible.

<sup>104</sup> Los problemas que plantea este método tienen que ver con la determinación de la parte de las plusvalías que van a ser excluidas, pues bajo esa misma lógica habría que distinguir entre las plusvalías generadas durante la tenencia de las acciones y las anteriores, y las plusvalías gravadas o no gravadas en cabeza de la sociedad. vid. ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 22 y 25;

<sup>105</sup> párr. 13.1 y 13.2 art. 10 MCOEDE; ROHATGI 2008: p. 469.

<sup>106</sup> El TJUE en los casos *Denkavit International BV, Aberdeen* y *Amurta* ha señalado que los dividendos pagados a un Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo para el TJUE no pueden ser gravados si dicho Estado declara exentos los dividendos obtenidos por sus residentes, sin importar que el no residente no tenga un EP en el Estado de la fuente o que el Estado de residencia del receptor de los dividendos deba conceder un crédito fiscal en virtud de un CDI si no se obtiene en la práctica TJUE 14 de

Finalmente los sistemas analíticos, como su nombre lo indica, clasifican a los dividendos y otras rentas derivadas de participaciones sociales, sometiéndolas a una carga fiscal menor que otras rentas, de manera que sumado el tipo impositivo del IS soportado por la entidad distribuidora, con el reducido del IRPF aplicado sobre los dividendos, la carga fiscal total no sobrepase el tipo marginal máximo para individuos<sup>107</sup>.

Con lo dicho, el impuesto de sociedades desde una perspectiva teórica parece no tener una justificación distinta que servir como instrumento para garantizar el impuesto sobre los accionistas, como bien lo reconoció la Exposición de Motivos de la Ley 43 de 1995 relativa al Impuesto de Sociedades español<sup>108</sup>. Sin embargo, paradójicamente el propio establecimiento del impuesto de sociedades da lugar a dos ficciones: a) que las sociedades

---

diciembre de 2006, Caso C-170/05, *Denkavit Internationaal BV*; TJUE, 18 de junio de 2009, Caso C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*; TJUE, 18 de junio de 2009, Caso C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*; TJUE, 8 de noviembre de 2007, Caso C-379/05, *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam*. En el caso *Secilpar*, sin embargo, se admite que el CDI neutralice la diferencia de trato si prevé un crédito fiscal que en el caso concreto elimine la doble imposición jurídica. TJUE, 22 de noviembre de 2010, Caso C-199/10, *Secilpar. Sociedade Unipessoal/Fazenda Pública*. Es más, en el caso Santander el TJUE afirmó que es contraria a la libertad de movimiento de capitales: “una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado.” TJUE, 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11, *Santander v. Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux*.

<sup>107</sup> Dentro de estos se encuentran el sistema DUAL que busca no distorsionar la decisión de realizar operaciones directamente o través de entidades sometidas de forma independiente a impuestos sobre la renta. Ello se puede lograr a través de exenciones totales o parciales, o un tipo reducido para las rentas de dividendos, que puede ser único (*single schedular rate*) o múltiple (*multiple schedular rates*). El sistema DUAL a veces utiliza la exención parcial de los dividendos, pero en ocasiones otros métodos para eliminar la doble imposición económica. Pueden adoptar exenciones totales o parciales, o un tipo reducido para las rentas de dividendos, que puede ser único (*single schedular rate*) o múltiple (*multiple schedular rates*). En el primer caso la carga fiscal total puede no ser del todo neutral, puesto que el individuo contribuyente puede estar sometido a un tipo marginal menor o superior al resultante de la suma del IS más el tipo reducido para dividendos. Es por ello que algunos sistemas incorporan múltiples tipos cedulares para los dividendos cuyo propósito es acercarse al grado ideal de neutralidad. Una aproximación a los sistemas duales puede consultarse en: SØRENSEN 2009; ORTIZ CALLE 2008.

<sup>108</sup> Al decir textualmente que: “El Impuesto sobre Sociedades cumple el objetivo de gravar los beneficios obtenidos por las entidades jurídicas. En este sentido el Impuesto sobre Sociedades constituye un complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el marco de un sistema tributario sobre la renta. Además, cumple una función de retención en la fuente respecto de las rentas del capital obtenidas por los inversores extranjeros a través de sociedades de su propiedad residentes en territorio español. (...)El método de eliminación de la doble imposición de dividendos contenido en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, pone de relieve la relación antes aludida, al abrazar definitivamente la concepción del Impuesto sobre Sociedades como gravamen de las rentas del capital aplicado a la realización de actividades empresariales que opera a modo de retención en la fuente y con carácter de gravamen a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.”

generan renta; y, b) que los dividendos tienen una fuente distinta a la renta de la entidad distribuidora<sup>109</sup>. Ambas ficciones son a veces asumidas en la práctica de los sistemas tributarios sin atender a la citada perspectiva teórica, pues el IS en muchos Estados es una fuente de ingresos públicos que responde a criterios recaudatorios<sup>110</sup>. En ese contexto, han surgido métodos para eliminar o atenuar la doble imposición económica de diversos tipos que, manteniendo esa finalidad fiscal de obtener ingresos, pretenden otorgar un grado aceptable de neutralidad en la interacción entre ambos tributos. Así, en resumen, la integración pueden hacerse a través de: 1. Desgravaciones en cabeza de la sociedad: a) deducción; b) reducción de la cuota. 2. Desgravaciones en cabeza de los propietarios: a) imputación o crédito; b) exención parcial o total; y, c) tipo reducido.

En definitiva, en los sistemas de doble impuesto, es decir, cuando las sociedades son reconocidas por el Derecho tributario como contribuyentes, existe una ficción consistente en que una entidad, y no los socios, desarrollan una actividad generadora de renta. Por lo tanto, los dividendos son también una ficción según la cual el socio obtiene rendimientos de las participaciones sociales y no de la actividad económica subyacente. Así, tanto en los sistemas clásicos como en los que buscan la eliminación de la doble imposición económica, el concepto de dividendo (llámese “distribuciones de beneficios”, “rendimientos de los fondos propios” o categorías similares) resulta fundamental.

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

El panorama de la fiscalidad de los dividendos internacionales no termina en la imposición que realiza un Estado respecto de los beneficios de la entidad distribuidora residente y de los dividendos obtenidos por un no residente, pues el receptor o beneficiario estará sometido por obligación personal de contribuir en el Estado de su residencia y se le imputan los dividendos generalmente al momento en que resulten exigibles. El gravamen de los dividendos de fuente extranjera obtenidos por un residente de un Estado (*inbound dividends*) genera un concurso de leyes, en tanto existirá una múltiple imposición jurídica

---

<sup>109</sup> HARRIS 2013: p. 229 y ss.

<sup>110</sup> RUIZ GARCÍA 1991: p. 28.

internacional<sup>111</sup> que se ha considerado generadora de consecuencias negativas para los Estados<sup>112</sup>. Si se toma en consideración que los dividendos pueden soportar también una doble imposición económica, porque el Estado de la fuente ha gravado el beneficio de la entidad y las distribuciones de éstos a los socios, sin prever la aplicación de ningún sistema de integración, el tipo efectivo de la actividad económica puede ser muy elevado. Incluso, si las rentas obtenidas por la entidad que distribuye los dividendos son a su vez dividendos que ya soportan doble imposición económica y jurídica, puede crearse una cadena de distribuciones de beneficios (*cascading profits distributions*) sujeta a imposiciones múltiples<sup>113</sup>.

Es por ello que la doble imposición ha sido enfrentada a través de *medidas* que pueden clasificarse según su origen en internas (a través de leyes), comunitarias, o convencionales (cuando los Estados suscriben un convenio internacional multilateral o bilateral). Las medidas acogen *métodos* para eliminar o atenuar la sobreimposición internacional, que -a los efectos de lo que interesa en esta Tesis-son de tres tipos<sup>114</sup>: deducción, crédito (también llamado imputación) y exención. En aplicación de los mismos, el concepto de dividendo aparece para exceptuar la teoría de los impuestos sintéticos y globales, y crear un régimen fiscal particular para estos rendimientos. Dicho esto, y dejando de lado el método de la deducción por su excepcionalidad<sup>115</sup>, así como ciertos sub-métodos creados para responder a ciertos objetivos específicos<sup>116</sup>, centrémonos en los métodos de crédito directo e indirecto

---

<sup>111</sup> La múltiple imposición jurídica internacional se puede *definir* como el solapamiento de dos o más jurisdicciones tributarias (sujetos activos), con impuestos idénticos o similares sobre una misma renta, en un mismo periodo gravable y sobre un mismo contribuyente. Sobre la teoría de las cuatro identidades vid. MCOCDE: párr. 1 de la Introducción; XAVIER 2005: p. 55 y ss.; ROCHA 2009: p. xxxviii.

<sup>112</sup> MCOCDE: párr. 1 de la Introducción; ROCHA 2009: p. xxx.

<sup>113</sup> SASSEVILLE 1995: p. 31; GAMITO & ANTAS 2012: p. 122-126; KOFLER 2012: p. 77-78.

<sup>114</sup> Existen otros que desbordan nuestro objeto de estudio y que son mencionados p. ej. en: ROCHA 2009: p. xxx.

<sup>115</sup> La deducción de dividendos es usada por ejemplo en Estados Unidos de forma temporal para desincentivar el diferimiento de rentas de socios residentes en entidades extranjeras. Para el efecto, utiliza el término dividendos para otorgar una deducción equivalente al 85% de los mismos en el *Internal Revenue Code* § 965.

<sup>116</sup> Como es el caso del *matching credit* o el *tax sparing* que buscan reparto equitativo de la materia tributaria entre los países cuando uno de ellos aplica beneficios fiscales. No parece coherente desviarse en este punto para explicar estos conceptos, pero baste con señalar que el *tax sparing* es un crédito fiscal que se garantiza por parte del Estado de la residencia a condición de que el Estado de la fuente contenga un incentivo fiscal, de manera que el valor del crédito será la suma equivalente al sacrificio fiscal ofrecido por éste último Estado. Por el contrario el *matching credit* es una cláusula que se desliga del incentivo concreto establecido por el Estado de la fuente y se calcula por un monto determinado en el CDI. Es por ello que se afirma que las primeras cláusulas son más vulnerables a las modificaciones de la ley interna, pudiendo ser fácilmente

(*underlying or indirect tax credit*) y el de exención<sup>117</sup>, que son los más comunes en el derecho interno y los CDI. La escogencia entre estos métodos se suele hacer sobre la base de varias acepciones de neutralidad a las que cada método se adapta mejor. Así, el crédito fiscal suele ser defendido como el garante de la neutralidad en la exportación de capitales, pues se basaría en una tributación por renta mundial, mientras que la exención lo sería de la neutralidad en la importación de capitales en la medida en que se basaría en la territorialidad, aunque en la práctica ni uno ni otro método logre dichos objetivos cabalmente debido a las restricciones al crédito fiscal, el fenómeno del diferimiento, entre otros factores que han sido estudiados ampliamente por la doctrina<sup>118</sup>.

La exención de las rentas de fuente extranjera supone la adopción misma del principio de territorialidad, que permite la neutralidad en la importación de capitales<sup>119</sup> y puede ser generalizada a toda la renta o restringirse a ciertas categorías de rendimientos, como por ejemplo a los dividendos provenientes de una participación sustancial en la entidad distribuidora, tal como lo establece la Directiva Matriz-Filial o el art. 21 del TRLIS en España (*participation exemption*<sup>120</sup>), o sociedades *holding*<sup>121</sup>. Éste método elimina la doble imposición jurídica y atenúa en un grado relevante la doble imposición económica, aunque no siempre las normas tienen esa finalidad, pues podría ser también una medida de apoyo a la internacionalización de las empresas y la repatriación de beneficios y rendimientos

---

abusadas por parte de un Estado. vid. con más referencias ARRUDA & MARINHO 2013: p. 397; OECD 1998.

<sup>117</sup> Es reconocido que cada Estado configura estos métodos de manera diferente generando variaciones como ocurre con el método de exención simple o progresiva, el método de imputación ordinario o total, entre otros. No siendo estos temas el objeto de nuestro trabajo, nos permitimos remitir a la doctrina general. vid.: Comentarios al art. 23 MCOCDE; MONTAÑO 2006: p. 141-157; CALDERÓN 2010: p. 323-442. BLANLUET & DURAND 2011: p. 20-21.

<sup>118</sup> El tema de la neutralidad atiende principalmente a discusiones económicas que exceden el propósito de ésta tesis y que tampoco parecen tener una conclusión definitiva ni una trascendencia mayor en el tema que nos ocupa. (vid. BLANLUET & DURAND 2011: p. 19).

<sup>119</sup> ALBI IBAÑEZ 2007: p. 14, 18, 19.

<sup>120</sup> Ejemplos se encuentran en Austria, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Italia, Portugal, Suiza.

<sup>121</sup> Un buen ejemplo de estos regímenes son las Empresas de Tenencia de Valores Españolas (ETVE) reguladas en los artículos art. 107 y ss. de la LIS de 2014 (116 y ss. TRLIS), que es un régimen voluntario al cual se pueden acoger las entidades que tengan como objeto la gestión y administración de acciones y participaciones en sociedades no residentes, mediante la organización de medios materiales y personales. Esas entidades tienen la ventaja de que los dividendos pagados por la matriz a sus accionistas o partícipes suelen también resultar desgravados. vid. FALCÓN Y TELLA & PULIDO 2010: p. 216.



obtenidos en el exterior<sup>122</sup>. De forma contraria a la normativa española vigente hasta 2014, legislaciones como la austriaca o italiana limitan la exención por participación sustancial en los casos en que haya instrumentos híbridos que califiquen como capital aunque sus réditos resulten ser deducibles para la entidad distribuidora y por lo tanto no haya doble imposición efectiva<sup>123</sup>. Esta última solución adoptada por el art. 21 de la nueva LIS.

Por su parte, el método de crédito consiste en una deducción en la cuota del impuesto a pagar en el Estado de la residencia equivalente al impuesto pagado en el Estado de la fuente. Se suele llamar crédito directo al que elimina la doble imposición económica de rentas activas y pasivas, como ocurre cuando se le permite al residente descontar la retención sobre los dividendos que ha soportado. Por su parte, el crédito indirecto surge como un instrumento para eliminar la doble imposición económica soportada por los dividendos, que económicamente pretende equiparar el tratamiento en el Estado de residencia de un negocio que es desarrollado a través de una filial y otro que utiliza un establecimiento permanente, ya que bajo el sistema de crédito directo éstos últimos tendrán derecho a la eliminación de la doble imposición jurídica equivalente a todos los impuestos pagados en la fuente, mientras que en el caso de filiales solo se permitiría descontar el monto de aquellos que recaen sobre los dividendos y no en relación con el tributo sobre los beneficios de la filial<sup>124</sup>. Por lo general, el crédito directo e indirecto se suman para calcular el límite de desgravación aceptado por el Estado de la residencia que suele ser el del impuesto al que estarían sometidas dichas rentas en dicho Estado. Así, aunque el crédito indirecto pretende buscar la neutralidad en la exportación de capitales, en la práctica ello no se logra, pues los países suelen aplicar límites cuando los dividendos se reciben de fuentes extranjeras<sup>125</sup>. En atención a lo anterior, la diferencia cuantitativa entre éste método y el de

---

<sup>122</sup> Sobre las finalidades del art. 21 TRLIS vigente hasta 31 de diciembre de 2014 vid. CALDERÓN 2012b: apartado “Un apunte sobre la calificación y tratamiento fiscal aplicable a los «juros sobre o capital propio» brasileños a los efectos de la aplicación del artículo 21.”

<sup>123</sup> *Ibidem*. Sec. 10 de la Ley de Impuestos de Sociedades austriaca (*KStG*); BIEBER et al 2008: p. 583 y ss. En Italia: Circular 7/2013, art. 44.2.a) y 47.2 del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi (Legge 22 dicembre 1986, n. 917)*.

<sup>124</sup> Existen diferentes fórmulas para calcular el crédito indirecto. En Colombia el art. 254 ET lo determina calculando el monto total de los dividendos recibidos por el contribuyente residente en Colombia por la tarifa de impuesto sobre la renta aplicable a la sociedad en el Estado de residencia. Por el contrario, el art. 32 LIS (32 TRLIS) en España concede la desgravación por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad.

<sup>125</sup> Sobre las razones y los tipos de límites vid. párr. 48 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE; ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 16-19.

exención se dará toda vez que el impuesto pagado en el exterior sea menor al que se aplica en el Estado de la residencia, ya que habrá una parte de la renta que se grave en esta última jurisdicción<sup>126</sup>.

El TJUE ha considerado que los sistemas de integración pensados para evitar la doble imposición económica interna deben garantizarse a los dividendos pagados por entidades no residentes recibidos por los sujetos a obligación personal (*inbound dividends*), pues de lo contrario favorecerían a las inversiones nacionales y de los accionistas residentes<sup>127</sup>. Además, como lo afirma con acierto ZORNOZA, la jurisprudencia llevaría a una

---

<sup>126</sup> VOGEL 1997, art. 23 No. 121a, p. 1208.

<sup>127</sup> En esa línea, el TJUE en pronunciamientos como TJUE, (Sentencias de los casos *Meilicke* y *Manninen* de 6 de marzo de 2007, Caso C-292/04; y 7 de septiembre de 2004, Caso C-319/02, respectivamente) y estudios de la Comisión de la Unión Europea (Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee. *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*. 19/12/2010) han asegurado que son una vulneración de la libertad de circulación de capitales. En la Sentencia del caso *Verkooijen* se dijo: “Procede, por consiguiente, responder a la primera cuestión que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 88/361 se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que, como la que se discute en el litigio principal, supedita la concesión de una exención del Impuesto sobre la Renta que grava los dividendos abonados a los accionistas que sean personas físicas al requisito de que dichos dividendos sean repartidos por sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro.” (TJUE, 6 de junio de 2000, Caso C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën* y *B.G.M. Verkooijen*. párr. 62). En el caso *FII Group Litigation* (TJUE, 12 de diciembre de 2006, Caso C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*) el Tribunal ha puesto de presente que las libertades de movimiento de capitales y de establecimiento requieren que el tratamiento tributario de los dividendos no distinga entre los de fuente interna y de fuente extranjera en un Estado de la Unión Europea, incluso si se aplicase una exención o un crédito indirecto (*underlying tax credit*) para los nacionales (HELMINEN 2011: p. 87-88) aunque ello no supone garantizar un crédito total. Sin embargo, el tribunal juzgó como no discriminatorio la legislación de un estado que otorga una exención por participación sustancial para dividendos nacionales mientras que para los dividendos *inbound* se garantiza un crédito indirecto, pues en su opinión ambos métodos son equivalentes para evitar la doble imposición económica. No obstante, dicha afirmación no es cierta, ni desde un punto de vista sustancial ni procedimental, pues el crédito fiscal es más gravoso (TERRA & WATTEL: p. 1058) El Tribunal ha sido cauteloso al analizar la discriminación por normas para evitar la doble imposición jurídica internacional, pues en casos como *Damseaux* y *Kerckhaert Moresse* ha afirmado que las legislaciones internas que conceden un crédito a los dividendos internos, pero no a los *inbound*, no suponen un trato discriminatorio sino que simplemente son manifestaciones de un ejercicio paralelo de potestades tributarias. (TJUE, 16 de Julio de 2009, Caso C-128/08, *Jacques Damseaux v Belgian State*. TJUE, 14 de noviembre de 2006, Caso C-513/04, *Mark Kerckhaert and Bernadette Morres v Belgian State*) En cualquier caso, la distinción hecha por el TJUE entre doble imposición económica y doble imposición jurídica a efectos de analizar la discriminación o restricción de las libertades comunitarias ha sido juzgada de artificial por autores como TERRA & WATTEL, quienes afirman que en ambos casos hay un ejercicio legítimo del poder tributario de los estados; al tiempo, es difícil entender por qué el Estado de la residencia debe hacerse cargo del impuesto de sociedades de la entidad distribuidora de dividendos y no de la retención practicada sobre las distribuciones atribuidas sus residentes. Por lo tanto o ambos casos deberían ser juzgados de discriminatorios o ambos deberían ser un caso de concurrencia del ejercicio legítimo del poder tributario (TERRA & WATTEL 2012: p. 1056-1057)

simultánea neutralidad en la exportación de capitales y en la importación de los mismos, lo que supone desgravar los dividendos de fuente extranjera y de fuente interna<sup>128</sup>.

Pues bien, hoy en día la mayoría de los países contienen el método de exención por razones de competitividad, y ha sido notoria la tendencia a abandonar el crédito respecto de las rentas activas de fuente extranjera, y el crédito indirecto sobre los dividendos<sup>129</sup>, pero en todo caso las respuestas legales son diversas. Es importante destacar que los diseños de las normas de eliminación de la doble imposición pueden crear importantes faltas de neutralidad que llevarían a los contribuyentes a tomar vías menos gravadas, y al legislador y la administración a reaccionar contra las mismas<sup>130</sup>. Fundamentalmente esas diferencias en el tratamiento son las siguientes:

-Filiales vs. EP: a) Se concede una exención para los dividendos obtenidos por participación sustancial en filiales, mientras que los beneficios empresariales obtenidos mediante un EP en el exterior que tienen derecho a un crédito fiscal; b) se concede una exención para los beneficios empresariales desarrollados mediante EP y un crédito indirecto para los dividendos. c) se concede un crédito directo para los beneficios empresariales con EP y para los dividendos, que permitirá en el primer caso eliminar todo el impuesto pagado en el Estado de la fuente, mientras que en el segundo caso solo eliminará el impuesto sobre los dividendos y no el que recae sobre los beneficios de la filial. Vale destacar que aunque los dos supuestos deberían tener una desgravación semejante para lograr un grado aceptable de neutralidad, pues se trata de dos formas sucedáneas de operar en el exterior, no siempre las legislaciones ni los CDI lo tienen en consideración<sup>131</sup>.

-Dividendos vs. Ganancias de capital. Mientras que en algunos Estados el régimen fiscal de las rentas y las ganancias de capital de las participaciones sociales son idénticos, pues la exención por participación sustancial es aplicable a ambas categorías, logrando un grado de neutralidad aceptable, en otros países no ocurre lo

---

<sup>128</sup> ZORNOZA 2014: p. 56; sobre la imposibilidad de lograr ambos tipos de neutralidad en vid. KNOLL 2011: p. 99 y ss.

<sup>129</sup> Pros, contras y límites internacionales del método de exención. BLANLUET & DURAND 2011: p. 28-29. La literatura sobre este tópico es extensa y multidisciplinaria. *Inter alia*: OCDE 1998: párr. 104-105; MAISTO 2010: p. 319-361; AVERY JONES 2012: p. 67-76 y KOFLER 2012: p. 77-89.

<sup>130</sup> Usando la terminología de MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 49-63.

<sup>131</sup> En especial, generarían fricciones aquellas legislaciones que declaren exentas las rentas provenientes de EP y graven a los dividendos pagados por las filiales a sus matrices. AVERY JONES 2012, p. 76; De hecho, en Congreso IFA de 2011 destacó cómo estados caracterizados por tener normas de crédito han introducido en su derecho interno exención por dividendos diferentes a los de portafolio y ganancias de capital sobre participaciones sustanciales. vid. BLANLUET & DURAND 2011: p. 22.

mismo, bien sea porque las condiciones o el alcance de exención sean distintos o porque solo se prevea páralos dividendos y no para las ganancias<sup>132</sup>.

-Participaciones de portafolio vs. Participaciones sustanciales: a pesar de que los dividendos pagados a inversionistas de portafolio y aquellos pagados a los que poseen una participación sustancial (inversión directa) soportan doble imposición económica, el crédito indirecto y la exención sólo suelen ser otorgados a estos últimos, cuando es innegable que ambos tipos de dividendos soportan doble imposición económica y no existen criterios que expliquen donde debe trazarse la raya entre uno y otro tipo de inversión<sup>133</sup>.

-Finalmente, es común que mientras que los dividendos cuenten con un crédito fiscal directo e indirecto, los intereses solo tengan derecho al directo. En realidad, la mayoría de legislaciones asume que los intereses tributan en la residencia del inversor, mientras que los dividendos tributan en la fuente. Ello queda claro de la extendida existencia de métodos para eliminar la doble imposición económica internacional que busca la neutralidad en la exportación de capitales, sumado a la usual exención o menor tributación de los intereses en la fuente, justificada por razones de competitividad<sup>134</sup>, pero que contrasta con la mayor imposición de los dividendos de inversiones de portafolio<sup>135</sup>.

En consecuencia, a nivel internacional no solo es posible, sino también común, la existencia de faltas de neutralidad en las que la política fiscal decide crear varios conceptos y tratarlos de forma distinta a efectos fiscales, a pesar de que en términos económicos puedan desempeñar funciones similares<sup>136</sup>, todo lo cual lleva a que haya vías más gravadas y vías menos gravadas<sup>137</sup>.

Por otra parte, puede haber faltas de consistencia en el diseño normativo de los métodos internos, puesto que los términos que usan (dividendos, participaciones en beneficios, participaciones sociales, entidades distribuidoras de dividendos, etc.) no siempre son adecuados para describir la renta que está sujeta a doble imposición económica en exterior. En especial ello ocurre porque esos tales conceptos no siempre coinciden con los previstos

---

<sup>132</sup> MAISTO & MALHERBE 2013: aptdo. 1.3.2

<sup>133</sup> Esta diferenciación resulta de argumentos más bien ambiguos según los cuales se busca facilitar las inversiones internacionales reduciendo la doble imposición económica de los dividendos procedentes de inversiones directas o sustanciales, como si el mismo objetivo no se lograra también con promoviendo las inversiones de portafolio. SCHÖN 2010: p. 68

<sup>134</sup> BROWN 2012: p. 28-29

<sup>135</sup> Sobre todos estos supuestos de faltas de neutralidad debe destacarse el excelente trabajo de: SCHÖN 2010: p. 65 y ss.

<sup>136</sup> SCHÖN 2010: p. 65 y ss.; MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 52.

<sup>137</sup> En la terminología de MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 52-54.

en el Estado de origen de la renta, ni con los contenidos en los CDI, de ahí que puedan presentarse conflictos de interpretación y calificación<sup>138</sup>, pues a pesar de que seguramente habrá una clasificación previa del instrumento a efectos de determinar las consecuencias tributarias en la otra jurisdicción, los países de la residencia le dan una mínima o nula importancia, salvo algunas excepciones<sup>139</sup>. Incluso, los estados no admiten la clasificación que procede según los principios de contabilidad foráneos cuando el instrumento ha sido emitido bajo la ley extranjera<sup>140</sup>. Por ejemplo, los artículos 21 y 32 del TRLIS<sup>141</sup> se refieren a los “dividendos y participaciones en beneficios...” de entidades y no se ha previsto expresamente ninguna regla para determinar la fuente de interpretación de dichos vocablos que permita proceder a calificar una renta como tal, y en consecuencia, garantizar la aplicación del método<sup>142</sup>.

Una buena muestra del problema de reconocimiento de hechos regulados bajo la ley extranjera lo presta el caso de unos instrumentos financieros híbridos emitidos bajo la legislación australiana analizados por la Audiencia Nacional<sup>143</sup> y el Tribunal Supremo<sup>144</sup> españoles a la luz del art. 21 del TRLIS. En el proceso se discutió si debía prevalecer el significado mercantil otorgado por la legislación australiana que consideraba que se trataba de un pago de dividendos, la legislación tributaria de ese mismo país que los calificaba como intereses, el CDI aplicable que lo calificaría como intereses también o, si era necesario realizar un juicio de comparabilidad entre el instrumento financiero extranjero y los instrumentos nacionales. Ambas autoridades judiciales concluyeron que la remuneración del instrumento debía calificarse como intereses –rendimientos por la cesión a terceros de capitales propios-, según se deriva del criterio de comparabilidad. Además,

---

<sup>138</sup> DUNCAN 2000: p. 33 y ss.; HELMINEN 2010: p. 169-170; BÄRSCH 2012: p. 323; BROWN 2012: p. 34-35.

<sup>139</sup> DUNCAN 2000: p. 29 y ss.; BÄRSCH 2012: p. 322. Excepcionalmente se observa cómo algunos países si lo hacen pero de forma muy restringida para denegar el método para eliminar la doble imposición económica cuando el dividendo ha sido deducible en la base imponible de la entidad distribuidora no residente.

<sup>140</sup> BROWN 2012: p. 34-35.

<sup>141</sup> En el Proyecto de LIS se mantiene la misma identificación del elemento de renta.

<sup>142</sup> MACHANCOSSES 2002: nota al pie 165; JIMÉNEZ-BLANCO 2010: p. 1659 señalando que si bien las definiciones de la LIRPF pueden ser relevantes a efectos interpretativos, en la mayoría de los casos no es útil.

<sup>143</sup> Reino de España, Sentencia de Audiencia Nacional - Sala de lo Contencioso, 18 de Abril de 2013, Número de Recurso: 180/2010.

<sup>144</sup> Reino de España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 10 de Julio de 2014, No. de Recurso 1516/2013, Roj: STS 2994/2014.

defendieron no existía doble imposición económica, todo lo cual permitía concluir que el art. 21 del TRLIS era inaplicable<sup>145</sup>.

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

Como se observa, las distribuciones de beneficios con elementos de internacionalidad (*cross-border distributions*) siempre envuelven la interacción de dos o más sistemas

---

<sup>145</sup> En palabras del *ad quem* (que se repiten de forma similar por el Supremo): “La conclusión alcanzada por la Inspección debe ser confirmada por la Sala, toda vez que, resultando acreditado de las contestaciones dadas por la Administración tributaria australiana a las consultas que le fueron formuladas, que la naturaleza de la renta percibida por el obligado tributario fue la de intereses y que dicha renta fue considerada como gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora, resulta patente la inexistencia de doble imposición, sin que, por el contrario, haya resultado acreditado que la deducción de la renta derivada de las PREFS implique la concesión de un beneficio fiscal.” La frase subrayada genera al menos la pregunta de ¿Qué habría pasado si se certifica que la deducción prevista en el derecho australiano es un beneficio fiscal? Parece que el juez quiere indicar que hay una diferencia entre la deducibilidad debida a un beneficio fiscal, como puede ser el caso de los JSCP, y la deducibilidad que se genera por la configuración contractual de la financiación. Sin embargo, este criterio parece exceder de la mera calificación del rendimiento y entrar directamente al ámbito de las recalificaciones hechas con base en normas y doctrinas anti-elusión. Aunque la sentencia no deja nada claro, pues expresamente indica que no aplica la norma anti-elusión del art. 15 LGT, pero arguye que si bien no existe “un conflicto entre realidad contable y realidad jurídica”...se plantea es el de la naturaleza de la retribución con arreglo a su denominación contractual o a su verdadera naturaleza jurídica y en esta tesitura la Sala de instancia se atiene, acertadamente, a esta última a efectos de concluir que pese a que en el contrato de continua referencia la retribución derivada de la entrega de capital se le denomina "dividendo", sin embargo su naturaleza jurídica es la de "interés", y que mientras en el contrato se denomina al valor emitido participación preferente, su naturaleza jurídica es la de préstamo o activo financiero representativo de un endeudamiento.”

legales<sup>146</sup>, de manera que su reconocimiento puede variar para los ordenamientos involucrados. En este caso, los métodos para eliminar la doble imposición internacional deben interactuar con la norma extranjera al tomarla como un *dato de hecho* del que dependen sus consecuencias. Evidentemente la evaluación de las normas extranjeras puede dar lugar a “*problemas de sustitución*”<sup>147</sup> que causen *conflictos de clasificación* o simples asimetrías en tratamiento fiscal<sup>148</sup>. Ello puede ocurrir por ejemplo, si la renta percibida en el Estado de la fuente es considerada un dividendo a efectos mercantiles e interés a efectos fiscales, y bajo la norma de exención de la legislación del Estado de la residencia se da prevalencia a la calificación mercantil, como pudo haber sucedido con los híbridos australianos analizados por el Tribunal Supremo español. Evidentemente en tal supuesto se producirá una desgravación en la fuente y en la residencia.

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

---

<sup>146</sup> HELMINEN 2010: p. 31-54

<sup>147</sup> VOGEL 1997: Introduction, párr. 91a.

<sup>148</sup> VOGEL 1997: Introduction, párr. 91a; BLANLUET & DURAND 2011: p. 30-50; Los conflictos de clasificación son una categoría bajo la cual se comprenden todas aquellas situaciones en la cuales existe una sobre imposición –conflicto positivo- o sub imposición –conflicto negativo-, debida a un tratamiento disímil de una renta internacional –conflictos de calificación de rentas-, de un obligado tributario –conflictos de atribución-, del aspecto cuantitativo o del temporal del tributo –conflictos de imputación-. Estos efectos se entienden indeseados en el marco del comercio internacional por ser contrarios a la neutralidad en la importación y exportación de capitales, además, en algunos casos pueden estar prohibidos jurídicamente. HELMINEN 2010: p. 29. La autora se refiere a los conflictos de clasificación del DIT dentro de los cuales introduce los conflictos entre los derechos internos, el Derecho de la Unión Europea y los CDI. vid. CASTRO 2012.

de hecho de las normas tributarias que tienen un referente jurídico-privado, agravado por la naturaleza internacional de los hechos que son objeto de calificación.

Bien es sabido que el significado mercantil puede tener influencia en las definiciones tributarias, no sólo porque el Derecho es lenguaje y en este caso el vocablo es el mismo, sino porque ante la ausencia de una definición autónoma tributaria expresamente contenida en la ley o que pueda ser derivada de una interpretación finalista<sup>149</sup>, la del Derecho privado cobrará validez a efectos fiscales, a menos que de la aplicación de una norma o doctrina anti-elusión tributaria no se atienda a esta última. A este respecto, la doctrina mayoritaria reconocen la necesidad de partir siempre de una interpretación coincidente<sup>150</sup>, pues existe una imposibilidad lógica contraponer estrictamente el Derecho tributario al Derecho privado, cuando ambos hacen parte del mismo sistema<sup>151</sup>. En efecto, el art. 12.2 de la Ley

---

<sup>149</sup> La relación entre el derecho privado y el Derecho tributario depende de los presupuestos metodológicos que se asuman. Partiendo de la base de que los tributos no derivan de una relación de poder sino que se trata de una relación obligacional, se puede admitir la autonomía de los conceptos tributarios frente a los de derecho común. De ahí que se haya sostenido que la interpretación debería tomar en cuenta la función económica ordinaria del negocio o acto al que se refiere la normativa tributaria y no sólo su estricto significado en el derecho privado. Esta afirmación tan amplia fue objeto de abuso por parte de la llamada interpretación económica clásica. Al respecto, se puede consultar los siguientes textos y sus numerosas referencias: COMBARROS 1984: p. 485-536. Esta autora buscó aclarar en España que el “punto de vista económico” en la interpretación es en últimas una interpretación teleológica. BÁEZ, GONZÁLEZ-CUELLAR & ORTIZ 2005: p. 47-71, estos últimos autores comentan la obra de HENSEL para explicar que en Alemania durante el periodo entre guerras se dio un abuso de la tesis o método de la consideración económica lo que causó una reacción para restringir la interpretación de la norma fiscal al principio del Estado de Derecho, apreciable en la Obra de dicho autor. Sin embargo, los trabajos finales de HENSEL permiten ver ciertas “concesiones” a la interpretación económica. Para ZORNOZA & BÁEZ (2010 párr. 28) “cuando las normas hacen uso de los conceptos jurídico-privados parece difícil enfrentar el abuso a través de una simple interpretación de la norma abusada. En estos casos es necesario ir más allá de los posibles sentidos de la redacción de la norma y fundamentarse en una norma general anti-elusión. Sin embargo, el problema podría ser diferente cuando el Derecho tributario contiene conceptos autónomos...” Esa última idea es desarrollada y puesta en práctica a través de tres casos en la obra de BÁEZ 2009: p. 56. La literatura sobre este asunto es abundante y excede de este trabajo su análisis, de manera que nos hemos limitado a adoptar nuestra conclusión.

<sup>150</sup> CALDERÓN 2012b: p. 9 “por tanto, allí donde la legislación tributaria no ha establecido expresamente una regla de calificación propia o un concepto fiscal autónomo, tanto el contribuyente como la administración deben aplicar la normativa tributaria operando (interpretando y calificando) a partir de la naturaleza jurídica y calificación de que se trate (salvo que estuviéramos ante <<negocios anómalos>> en cuyo caso se aplican las cláusulas anti-abuso de la LGT), toda vez que de otro modo se estarían vulnerando los principios constitucionales de legalidad tributaria y seguridad jurídica así como las reglas de interpretación y calificación previstas en la LGT (art. 12, 13 y 20 LGT)”

<sup>151</sup> RUIZ ALMENDRAL & SEITZ 2004: p. 13. No adoptamos la idea de una presunción de interpretación coincidente en el sentido jurídico de “presunción” que critica BÁEZ (2009: p. 119), pero si la idea de que en línea de principio debe analizarse el significado jurídico mercantil como el sentido posible de las palabras por antonomasia, y que eventualmente, bien sea por medio de una interpretación teleológica directamente del concepto que aunque tiene un contenido jurídico-privado, es utilizado por el legislador tributario como un



General Tributaria española (En adelante LGT) indica que en “tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”, lo que se complementa con el art. 13 *ibidem* que afirma que “las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar su validez.” Ese punto de partida se comprueba en la práctica donde ZIMMER, sintetizando los informes nacionales sobre el tema “*form and substance in tax law*” del Congreso de la IFA del año 2002, demostró que a pesar de que los países adoptan variadas perspectivas, el respeto a los significados jurídico-privados es mayoritario<sup>152</sup>. Como afirma CALDERÓN, “el punto de partida de toda calificación jurídico-tributaria de un negocio o de una renta debe ser la propia naturaleza jurídica del negocio o de la transacción que genera el flujo de renta (o capacidad económica) sobre el que se proyecta la normativa tributaria.”<sup>153</sup>

Dicha calificación a efectos de aplicar normas fiscales resulta compleja cuando se trata de reconocer negocios o transacciones realizados bajo normativas extranjeras, como veremos a continuación. En efecto, dejando de lado el problema teórico y práctico de la interpretación de los términos jurídico-privados en el ámbito tributario, y partiendo de la base de que aquellos son relevantes para determinar el primer y quizá definitivo sentido posible de las palabras, en el problema que nos ocupa se concreta en los siguientes vocablos utilizados por el art. 21 del TRLIS: “dividendos o participaciones en beneficios” en “entidades”. La cuestión que de inmediato surge es ¿a qué legislación mercantil se refiere? Recuérdese que a diferencia del art. 30 del TRLIS, se trata de un hecho con elementos de internacionalidad, pues las características de la entidad distribuidora de dividendos, de los instrumentos de

---

concepto autónomo fiscal, o por medio de la identificación de una remisión normativa del Derecho tributario al privado se logre ampliar el ámbito de supuestos cubiertos bajo una interpretación finalista que asuma que el derecho remitido se interpreta de acuerdo con la finalidad de la norma remitente. vid. BÁEZ 2009: p. 125.

<sup>152</sup> ZIMMER 2002: p. 25-28. Sobre esto destaca que en Canadá la Corte Suprema declaró que ante la inexistencia de una norma anti-elusión y sin comprobarse en juicio los elementos de la simulación, los conceptos de derecho privado prevalecen sobre los fiscales. En la misma línea RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 27. Con ello, la premisa de ENGISCH de que “los conceptos son relativos al ámbito al que han de ser aplicados”, debe ser observada con cautela en materia tributaria, según se deriva de la LGT y de la propia lógica del funcionamiento de esta rama del derecho. ENGISCH 1975: p. 94-209. Citado por: RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 30.

<sup>153</sup> CALDERÓN 2012b: aptdo. 2.

participación en los fondos propios de la misma y de los rendimientos calificados como dividendos o distribuciones de beneficios, vienen determinadas por la legislación extranjera del Estado de la fuente. Por ello, al acudir al Derecho privado seguramente se terminará analizando las normas de Derecho Internacional que han desarrollado criterios para determinar cual ordenamiento jurídico gobierna los hechos<sup>154</sup> y, por ende, puede ocurrir que un instrumento que resulte regulado por varias legislaciones, por ejemplo, la del Estado de residencia del emisor (*lex societatis*) y la del mercado de valores en la coticen los instrumentos (*lex loci*). Como quiera que el criterio de la *lex fori* puede llevar soluciones injustas o a irrespetar el derecho extranjero, excepcionalmente se ha admitido que los jueces puedan aplicar las normas de otros ordenamientos para resolver los conflictos entre los particulares, siempre que los resultados no sean contrarios al interés general y al Derecho del Estado del juez<sup>155</sup>. Como se observa, los criterios del Derecho internacional público quizá siembran más dudas que soluciones al problema fiscal, pues si bien la aplicación de la legislación extranjera del Estado donde se encuentra la entidad (que a su vez coincidirá en la mayoría de los casos con el lugar donde se encuentra el bien) puede ser relevante a efectos de determinar las características jurídico-mercantiles de un instrumento financiero que interesan para juzgar la capacidad económica que el legislador tributario del Estado de la residencia ha querido reconocer, también podrá ser relevante la legislación del Estado donde cotizan, no tanto para determinar la naturaleza del instrumento, sino para determinar por ejemplo la titularidad jurídica del mismo o la cuantificación de su

---

<sup>154</sup> Sobre los elementos de conexión y las soluciones a los conflictos de leyes ver: HAYWARD 2006: p. 1-10; CLARKSON, HILL & JAFFEY 2006: p. 4-17. Entre muchos criterios de conexión que se han desarrollado a tal efecto, interesa destacar los siguientes. El primero, el de *lex societatis* según el cual rige la legislación del Estado de domicilio de la sociedad que realiza la emisión. El instrumento de financiación debería, bajo este criterio, calificarse y regularse según la ley del Estado del que es residente, nacional o domiciliada la sociedad emisora. No obstante, el problema que aquí se plantea es que no resultan siempre uniformes los criterios para determinar el domicilio de esta entidad. Un segundo criterio es el de *lex loci*, según el cual se aplica la ley del lugar de cumplimiento de la obligación, que en muchos casos coincidirá con el lugar de la emisión de las participaciones por ser la *lex loci contractus*, *lex loci solutionis* o *lex loci celebrationis*. A efectos del mercado de valores este es el criterio que suele primar y que las legislaciones dejan perfectamente claro con el objeto de proteger al inversionista. En tercer lugar, debe mencionarse el criterio de la *lex situs* que propende por aplicar la ley del lugar en donde la propiedad se sitúa. A éste respecto, cabe traer a colación las menciones hechas anteriormente sobre los problemas de determinar este elemento cuando la propiedad consiste un derecho de participación en una entidad. En todo caso, bajo este criterio la legislación del Estado de la residencia del deudor entraría a ser relevante. En cuarto y último lugar, se usa el criterio de *lex fori*, según el cual, la norma aplicable se determina de acuerdo con el derecho del foro judicial que conoce la cuestión problemática, que al final supone que cada Estado califica y asigna el régimen legal del instrumento a los efectos de su ordenamiento jurídico.

<sup>155</sup> HAYWARD 2006: p. 7.

rendimiento; o incluso, la ley mercantil del propio Estado de la residencia (*lex fori*) podría ser determinante para fijar las características esenciales en la legislación interna de los “dividendos y participaciones en beneficios” y de las “entidades”, para así realizar un juicio de comparabilidad de naturaleza mercantil con las remuneraciones de fuente extranjera y las entidades no residentes.

Dado que se trata de actos o negocios jurídicos acaecidos en el exterior, las características mercantiles no siempre resultan óptimas para determinar la naturaleza del hecho económico sujeto a imposición y, sin embargo, en la realidad son usadas en muchos países, bien sea aceptando la calificación mercantil del otro Estado o usando juicios de comparabilidad que, pueden ser menos profundos cuando les basta la forma o el encuadramiento nominal, o más sustantivos cuando van a las características mercantiles esenciales. Por ello, cuando el legislador busca referirse a hechos que vienen determinados por la ley extranjera, debería dejar claras las características que le interesan a efectos fiscales para determinar así un concepto autónomo fiscal acorde con su intención. Pero, cuando hace uso de términos que tienen un contenido mercantil y fiscal como los de “dividendos y participaciones en beneficios” en “entidades” genera al menos cuatro sentidos posibles: 1) según la ley extranjera: a) en su sentido mercantil; b) en su sentido tributario (si hay definición autónoma); 2) según la ley interna: a) en su sentido mercantil; b) en su sentido tributario (si hay definición autónoma). En todo caso, lo más razonable sería realizar un análisis de comparabilidad<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> A nuestro juicio, cuando el legislador fiscal utiliza términos que tienen un parangón en otros vocablos que también son usados en materia tributaria para similares efectos, los demás criterios de interpretación guiarían a operador a realizar un juicio de comparabilidad de naturaleza tributaria entre las notas esenciales los en la legislación fiscal interna –sin perjuicio de que esta se remita a la legislación mercantil- que han de contraponerse a las características de la remuneración de fuente extranjera según la legislación tributaria y mercantil de ese otro Estado, que operaría como un dato de hecho dentro del proceso de subsunción. No obstante, nos desviaríamos de nuestro objeto al profundizar esta conclusión. En resumen, coincidimos con BÄRSCH en que los problemas transfronterizos de clasificación entre endeudamiento y capital podrían ser solucionados si se armonizan las legislaciones tributarias acogiendo un solo criterio, que el citado autor sugiere sea el de la devolución del principal con varias especificaciones. Sin embargo, ante esa falta de coordinación, el autor sugiere adoptar la clasificación fiscal del Estado de la fuente. Nuestra propuesta coincidirá en la mayoría de los casos con la de autor alemán, pero admite una mayor flexibilidad, pues la clasificación tributaria en fuente será un elemento primordial, pero no el determinante. BÄRSCH 2012: p. 323.

Desde este ángulo, teniendo en cuenta que las legislaciones tributarias utilizan conceptos autónomos tributarios, parcialmente autónomos y netamente jurídico-privados, los conflictos de clasificación en un sentido amplio pueden surgir al reconocer los hechos regulados por otro ordenamiento<sup>157</sup>. De forma que los problemas de las relaciones entre el Derecho privado y el Derecho tributario son elevados a la potencia del número de jurisdicciones involucradas. En otras palabras, dado que existen diversos conceptos de dividendos en los ordenamientos jurídicos aplicables a un hecho internacional y que sirven para definir distintas consecuencias jurídicas, que van desde las mercantiles, hasta las tributarias como la no deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios y la aplicación de los regímenes para eliminar la doble imposición económica y jurídica, nacional o internacional, es evidente que las faltas de consistencia y las asimetrías no solo pueden generar espacios para el arbitraje fiscal internacional<sup>158</sup>, sino también supuestos de múltiple imposición de las rentas.

Cuando los resultados de la aplicación de los ordenamientos jurídicos que se solapan en las distribuciones internacionales de beneficios lleva a vías menos gravadas, la Administración suele reaccionar por los cauces usuales, que son las interpretaciones de los términos como si fueran autónomos tributarios, la creación legal de definiciones de dividendos a efectos fiscales, la utilización de técnicas presuntivas que operan a modo de cláusulas especiales anti-elusión frente a ciertos supuestos, además de las normas o doctrinas generales anti-elusión que pueden entrar a recalificar operaciones que, por ejemplo-en el caso español-, resulten artificiosas y sin motivos económicos válidos. Finalmente, en el marco del tema que ocupa este apartado vale destacar a las cláusulas *switch-over* que operan sobre rentas que en principio se desgravarían en la residencia a través de una exención, de forma que

---

<sup>157</sup> El derecho privado y la normativa contable suelen contener definiciones de términos sobre los cuales se construyen los conceptos tributarios, de manera que existen continuas relaciones que no se limitan simplemente a los efectos en la base imponible del IS, sino que por ejemplo, los conceptos de endeudamiento, pasivo financiero, capital, fondos propios, patrimonio, patrimonio neto, participaciones sociales, derechos de crédito, acciones, derechos y acciones de disfrute, sociedad, persona jurídica, entre otros, pueden venir definidos por la legislación mercantil o civil, y así afectar directamente la interpretación de reglas fiscales de subcapitalización, eliminación de la doble imposición, definición del sujeto pasivo del impuesto de sociedades, o incluso el propio concepto de dividendos como se tendrá oportunidad de profundizar en esta tesis.

<sup>158</sup> “Tax arbitrage can be defined as transactions that are designed to take advantage of differences between national tax systems to achieve double non-taxation.” AVY-YONAH 2007: p. 137; MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 62.

bajo ciertas circunstancias que denoten la no imposición en la fuente, se procesa a conceder un crédito fiscal. Así, se restablece el poder tributario del Estado de la residencia para eliminar un supuesto específico de doble no imposición<sup>159</sup>, pero sin cambiar la calificación del rendimiento. Este tipo de normas se aprecian en algunos CDI y en el derecho interno<sup>160</sup>, en especial el apartado cuarto del artículo 23A MCOCDE lo contiene respecto de algunos supuestos<sup>161</sup>.

El proyecto BEPS aborda casos de doble no imposición que son precisamente conflictos de clasificación causados por las faltas de consistencia en el reconocimiento de las transacciones internacionales. De ahí que muchas de las soluciones que se plantean se incardinan en la idea de reconocer las transacciones a partir de sus características fiscales fundamentales. Por ejemplo, en el caso de los instrumentos híbridos que generan una deducción en un Estado sin una inclusión en la base imponible en el otro Estado, como podría ocurrir en las exenciones de dividendos por participaciones sustanciales, se han empezado a crear vínculos que analizan si la característica relevante a efectos fiscales (i.e. la deducibilidad) se comprueba en el Estado de residencia de la entidad distribuidora<sup>162</sup>,

---

<sup>159</sup> ORLOVSKAYA 2012: p. 374-378. Una crítica a la semántica de la expresión “doble no imposición” y que realmente se trate de un problema se encuentra en FALCÓN Y TELLA & PULIDO 2010: p. 113-114. Admitiendo la crítica de los autores españoles a que la multiplicación de cero es cero y por lo tanto la expresión carece de sentido, ha de aclararse entonces que la “no imposición” como resultado de la aplicación de los ordenamientos aplicables a una situación puede resultar en un uso impropio del CDI, siempre y cuando se pueda justificar la existencia de normas antiabuso aplicables (Para una definición genérica de uso impropio de los CDI. vid. VAN WEEGUEL 1998: p. 3). Sin embargo, en muchos casos dicho resultado obedece a la falta de armonización de las normas fiscales en el entorno internacional. Por ello, XAVIER diferencia entre elusión fiscal internacional y doble no imposición, indicando que esta última “se refiere al fenómeno por el cual en las relaciones entre dos o más Estados cuyas leyes tributarias son potencialmente aplicables a una cierta situación de la vida, esta no es efectivamente comprendida por ninguna de ellas.” Puede ocurrir ya sea que estos se encuentren ligados entre sí por tratados tributarios o no lo estén. XAVIER 2005: p. 66-69. La doctrina internacional suele mantener la denominación de estos tipos de supuestos como “doble no imposición” y no siendo ese el objeto de nuestra tesis, y con el objeto de transmitir la idea de fenómeno de la forma más generalizada posible hemos decidido usar esta última expresión entendida quizá de forma más amplia que el autor brasileño, puesto que comprenderemos dentro del fenómeno las situaciones donde la carga fiscal total es menor a la que desde un punto de vista de política fiscal se hubiera deseado, y debido a faltas de neutralidad y de consistencia. Es evidente que marcar esa línea de la política fiscal es tarea compleja y haría parte de otra tesis dedicada a los límites de la planificación fiscal, pero en cuanto interesa al objeto del presente trabajo tendremos que asumir algunas.

<sup>160</sup> Por ejemplo, en Austria la exención por participación sustancial no se aplica si la entidad que distribuye los dividendos *inbound* obtiene principalmente rentas pasivas y si está sujeto a baja imposición en el Estado de su residencia (sec. 10(4) KStG). BIEBER et al 2008: p. 584.

<sup>161</sup> Con las referencias ahí citadas: ORLOVSKAYA 2012: p. 378-386.

<sup>162</sup> OECD 2014: párr. 53 y ss. Las soluciones planteadas se basan en la lógica de realizar vínculos entre el tratamiento tributario de la renta en los estados intervinientes. Así, a nivel interno la deducibilidad puede

desligándose entonces de criterios jurídico-privados tradicionales o incluso económicos con dudosa racionalidad fiscal, como el del riesgo abrazado por el MCOCDE para distinguir entre dividendos e intereses<sup>163</sup>. Sin embargo, dentro de la misma iniciativa también se han sugerido normas que limitan la deducibilidad en la fuente si no se produce un tratamiento fiscal determinado en la residencia. La proliferación de ambos criterios de vinculación de ordenamientos como solución de asimetrías, podría causar una referencia circular que daría lugar a problemas<sup>164</sup>.

En definitiva, se observa que la aplicación del régimen fiscal para los dividendos en el Estado de la residencia puede hacer referencia a su significado mercantil o fiscal en ese mismo Estado o en el de la fuente, pudiendo generar supuestos de doble imposición y de doble exoneración. En cualquier caso, es evidente que la no deducibilidad del pago de los dividendos en la entidad distribuidora se ha convertido en tiempos recientes en la característica de especial interés fiscal para conceder las medidas para eliminar la doble imposición de los dividendos, asunto que en realidad no es esencial en la definición de dividendos, pues es un aspecto propio de la determinación de los beneficios de la entidad

---

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

<sup>163</sup> En esa línea, Francia durante el primer semestre del año 2014 ha analizado incorporar una norma que haga no deducibles los pagos de intereses hechos por entidades sujetas al Impuesto de Sociedad francés a empresas asociadas, cuando dichos intereses no estén sujetos a imposición en la residencia del perceptor a un tipo mínimo del 25% sobre una base determinada conforme al Impuesto de Sociedades que pagaría en Francia. vid. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/French\\_Tax\\_Administration\\_releases\\_draft\\_regulations\\_on\\_anti-hybrid\\_financing\\_provisions/\\$FILE/2014G\\_CM4355\\_French%20Tax%20Admin%20releases%20draft%20regs%20on%20%E2%80%9Canti-hybrid%E2%80%9D%20financing%20provisions.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/French_Tax_Administration_releases_draft_regulations_on_anti-hybrid_financing_provisions/$FILE/2014G_CM4355_French%20Tax%20Admin%20releases%20draft%20regs%20on%20%E2%80%9Canti-hybrid%E2%80%9D%20financing%20provisions.pdf) [consultada el 10 de mayo de 2014] Por ejemplo, Alemania ha incorporado una regla para no conceder la exención por participación sustancial prevista en su ley interna cuando se trate de una renta deducible en el pagador. Se crea así un vínculo entre la concesión de la exención en Alemania y el tratamiento tributario en la fuente u origen. Estas disposiciones han sido adoptadas desde el país de la residencia son utilizadas por Austria, Dinamarca e Italia y con tendencia a expandirse. BÄRSCH & SPENGEL 2013: p. 526.

<sup>164</sup> DZIURDZ 2013.

distribuidora, y que de todas formas se observa también respecto de intereses u otros gastos no deducibles en virtud de normas para evitar la subcapitalización, que no por ese mismo hecho tienen ahora el derecho de eliminar la doble imposición económica en la residencia. En todo caso, se pierde también de vista que el régimen de los dividendos en el Estado la fuente puede tener otras desgravaciones que hagan inexistente la doble imposición económica que se busca eliminar en residencia.

## 2. EL REPARTO DEL PODER TRIBUTARIO EN LOS CDI

Los CDI contienen un régimen fiscal para las distribuciones internacionales de beneficios que entran dentro de su ámbito de aplicación, que se superpone sobre el ya asignado por los estados de la fuente y de la residencia, pudiendo potenciar o reducir las asimetrías en la calificación y las faltas de neutralidad en su imposición, según el mejor o peor diseño que adopte cada Tratado. El art. 10 MCOCDE relativo a los “dividendos” se ubica dentro del Capítulo III sobre las normas de reparto de la imposición sobre la renta<sup>165</sup> y hace uso del sistema de clasificación de la misma en diferentes elementos delimitados a través de definiciones. Así, para los dividendos, se utiliza una regla incompleta, o de acumulación de potestades impositivas<sup>166</sup>, que opera “limitando la tributación en el Estado de la fuente y garantizando la eliminación de la doble imposición en el Estado de la residencia [sin modificar] el modo en que estas legislaciones operan, no las sustituye, sino que modula su aplicación.”<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Los términos “limitación” y “restricción” parecen apropiados para describir la forma en que operan los CDI, teniendo en cuenta la discusión que ha tenido la doctrina a este respecto. vid. VOGEL 1997: p. 27-30. Cfr. LANG 2010: párr. 39-43.

<sup>166</sup> Las normas de reparto pueden establecer un gravamen exclusivo en la fuente, en la residencia o una tributación compartida con o sin aplicación de un gravamen limitado en la fuente. La tributación exclusiva suele determinarse con la frase “pueden someterse a imposición sólo”, lo que supondrá una exención de rentas en el otro Estado contratante. Estas últimas normas son las que VOGEL llama “*distributive rules with complete legal consequences*” y XAVIER “*normas de repartición*” y se diferencian de aquellas que indican “pueden ser gravados” (“*may be taxed in*”) que son “*distributive rules with incomplete or open legal consequences*” al tenor de VOGEL, “*normas de acumulación*” en palabras de XAVIER, o simplemente normas de tributación compartida, caracterizadas porque no dan solución en sí mismas al concurso de leyes sino que requieren de normas de “solución de conflictos” o “normas de atenuación” como son los métodos para evitar la doble imposición. VOGEL 1997: p. 30; XAVIER 2005: p. 80 y 81. El párr. 6 de los Comentarios al artículo 23 del Modelo es ilustrativo de las afirmaciones de los autores.

<sup>167</sup> CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.1. El MCOCDE no establece un derecho exclusivo de gravamen de los dividendos ni al Estado de la fuente ni al de la residencia, puesto que ambos extremos resultarían inaceptables en el plano internacional. párr. 4-7 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

El artículo 10 del modelo OCDE comprende cinco numerales que: 1) ratifican el poder tributario de la residencia para gravar ilimitadamente los dividendos; 2) limitan la imposición en el Estado de la fuente a un porcentaje que varía según el grado de participación en la empresa; 3) definen los dividendos; 4) exceptúan de la regla a aquellos dividendos que se atribuyan a un EP; y, 5) prohíbe la extraterritorialidad<sup>168</sup>. Los Comentarios admiten que es posible que el propio CDI establezca un gravamen exclusivo en la residencia cuando el beneficiario sea el propio Estado de la residencia o alguna de sus entidades o subdivisiones políticas<sup>169</sup>.

Ha tenerse en cuenta que la definición de dividendos del Convenio hace parte del presupuesto de hecho para las consecuencias jurídicas que prevén los art. 10 y 23 del Modelo, tanto para el Estado de la fuente, como para el de la residencia. Así, la definición de dividendos de los CDI es la norma en la cual hay que enmarcar los hechos probados, ya

---

<sup>168</sup> El Modelo OCDE indica: “Artículo 10. Dividendos.- 1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado. 2. Sin embargo, ~~los dichos dividendos pagados por una sociedad que es residente de un Estado Contratante~~ pueden someterse a imposición en ~~ese Estado el Estado contratante en que reside la sociedad que paga los dividendos~~ y según la legislación de ese Estado; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas *-partnerships-*) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos; b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicación de estos límites. Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos. 3. El término «dividendos», en el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, de acciones o bonos de disfrute, de participaciones mineras, de partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que realiza la distribución. 4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7. 5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni tampoco someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.” Cursivas y tachado representan las modificaciones realizadas por el MCOCDE 2014.

<sup>169</sup> párr. 13-2 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.



que la calificación consiste en la construcción de la premisa menor del silogismo jurídico mediante la comparación de los hechos acaecidos en la realidad y el supuesto de hecho previsto en la norma previamente interpretado. Para que resulte aplicable el Tratado debe existir una previa calificación, que se ha llamado primaria, la cual deriva de las normas del derecho interno, y cuyas consecuencias jurídicas están previstas en la Ley doméstica que se han descrito en el apartado anterior, como sería la retención en la fuente, la prohibición de deducir su pago de los beneficios de la entidad distribuidora o la aplicación de los sistemas de integración<sup>170</sup>. Por ejemplo, se indicará que procede una retención para los dividendos correspondiente al 20%. Pues bien, cuando se aplica un CDI se requiere una calificación secundaria que tiene como objeto determinar los presupuestos de hecho previstos en el Tratado para las normas que imponen límites convencionales. Así, cuando la renta califique como un dividendo bajo las definiciones del Tratado, el artículo 10 desplegará sus efectos sobre el derecho interno, limitando la retención al monto previsto en su apartado segundo, al tiempo que exigirá al Estado de la residencia eliminar la doble imposición de conformidad. En definitiva, debemos ahora concretar cuál es la importancia, función y alcance del concepto en el contexto convencional. El estudio del reparto del poder tributario en los CDI se concreta en los límites que supone sobre los estados de la fuente y de la residencia, tal y como se expone a continuación.

## **2.1. LIMITES AL ESTADO DE LA FUENTE**

Distintas obligaciones derivan de los CDI para el Estado de la fuente de los dividendos. La más importante es la limitación a las pretensiones impositivas prevista en el apartado segundo del art. 10 del Modelo, consistente en una reducción del tipo aplicable<sup>171</sup>, que en

---

<sup>170</sup> Resaltando la importancia de individualizar las fuentes. SACHETO, 2002, p. 4. Como bien lo han afirmado los Profesores VOGEL (1997: introduction no. 56) y LANG (2010: no. 58) no interesa el orden en que se revise el derecho interno y el CDI, aunque, como lo dice LANG, desde un punto de vista práctico resulta más sencillo partir “primero de consultar el derecho interno para determinar si alguna obligación tributaria existe y luego revisar el CDI para determinar si este garantiza alguna reducción a la misma. Si no hay obligación tributaria para el derecho interno, no hay necesidad de consultar el CDI desde que en la práctica el mismo no crea obligaciones fiscales.” En últimas puede admitirse que los Convenios producen un “cambio de dirección” en la obligación tributaria sustancial que regula el Derecho Interno, tal como afirma BUITRAGO 2007: p. xxviii.

<sup>171</sup> El Modelo permite la imposición en la fuente de forma limitada sin restringir la forma de ejercicio del gravamen de los dividendos, de manera que los mismos pueden estar sujetos a una retención en la fuente sobre el importe bruto del pago o por medio de declaraciones periódicas con o sin derecho a deducir costos y

todo caso no proceden si los dividendos son obtenidos mediante un EP constituido en el mismo Estado de la entidad distribuidora, ya que según el apartado 4 se gravan de acuerdo con el art. 7 del Modelo. Vale destacar que los artículos 9 y 24 del MCOCDE suponen regulaciones adicionales del poder tributario del Estado de la fuente de los dividendos, el primero para exigir que los ajustes se limiten a un concepto convencional de *arm's length*, y el segundo para prohibir ciertos tipos de no discriminación<sup>172</sup>. Bajo ese panorama de limitaciones, en este apartado interesa centrarse en los límites a los criterios de conexión que responderá la pregunta de ¿En cuál Estado está la fuente de los dividendos?, a lo que seguirá un análisis del sujeto receptor de los dividendos para referirse ahí a la condición de beneficiario efectivo, la vinculación de la renta a un EP y el pago de dividendos a sujetos con especial tratamiento. Finalmente, se analiza la interacción entre los sistemas de imposición sociedad-socio y el artículo 10 del MCOCDE.

### 2.1.1. LÍMITES A LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN

El apartado segundo del art. 10 del MCOCDE indica que los dividendos pueden ser gravados en el Estado de la fuente de los mismos, que a efectos convencionales se entiende como el Estado de residencia de la sociedad que paga los dividendos. En efecto, el art. 10 MCOCDE trae una regla implícita de fuente a efectos del Tratado<sup>173</sup> que vincula la residencia de la entidad distribuidora con el único criterio de fuente de los dividendos comprendido por el art. 10 del CDI<sup>174</sup>. De esta forma, la fuente de los dividendos será el Estado de la residencia convencional definido de acuerdo con el artículo 4.1. En concordancia con el 4.3 del Modelo, si se tratase de una entidad con doble residencia, será el “Estado donde se encuentre la sede de dirección efectiva de la sociedad” quien pueda

---

gastos. Sobre la posibilidad regulatoria de consolidar los dividendos y depurarlos para obtener la base imponible –*net basis taxation*– vid. AULT & ARNOLD 2010: p. 495 y ss. Tampoco se prevé una forma de aplicación de la limitación, de manera que el Estado de la fuente podrá exigir a los retenedores reducir la retención a lo previsto en el Tratado o, aplicándose la tarifa general de retención, puede devolver el exceso posteriormente. párr. 18 y 19 art. 1 MCOCDE.

<sup>172</sup> El art. 24.3 del Modelo puede generar un incentivo para recibir dividendos a través de un EP en aquellos casos en el Estado de la fuente conceda una medida para eliminar la doble imposición económica para sus residentes y grave los dividendos obtenidos por no residentes, en la medida en que el EP debe equiparse a los residentes. De ahí que países como Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Indonesia, Turquía y Colombia, contengan un segundo nivel de imposición de los EP, también el llamado impuesto complementario o *branch profit tax*. Sin embargo, como se expondrá más adelante, se han planteado que el art. 10.5 MCOCDE podría ser contrario a dichas normas. HARRIS 2010: p. 582 y ss.

<sup>173</sup> HARRIS & OLIVER 2010; p. 181; HARRIS 2014: aptdo. 3.3.

<sup>174</sup> párr. 9 art. 10 MCOCDE

gravar los dividendos. Esta vinculación de los criterios de sujeción se basa en la idea económica de que la renta de una sociedad se grava cuando se obtienen los beneficios y cuando se distribuyen a los socios<sup>175</sup>. La citada regla de la fuente se complementa con el apartado 5 que prohíbe la imposición extraterritorial de los dividendos.

La definición de dividendos contenida en el art. 10.3 MCOCDE no cumple una función determinante respecto del art. 10.5 MCOCDE por dos razones: de un lado, es una norma que excede el ámbito subjetivo de los art. 1 y 10.1 del MCOCDE<sup>176</sup> y, de otro, se refiere a dos supuestos, donde sólo uno de estos involucra el término dividendos<sup>177</sup>. El apartado establece la prohibición de considerar como fuente de los *dividendos* a un Estado distinto al de residencia de la entidad distribuidora y, además, la prohibición de someter los beneficios no distribuidos de una sociedad residente en el otro Estado a un impuesto sobre las rentas de fuente nacional<sup>178</sup>. Sin embargo, la redacción de la norma se limita a comprender aquellos casos en que la entidad distribuidora obtenga beneficios o rentas en el Estado de su residencia. Así, su objetivo es limitar los criterios de conexión objetivos de los estados contratantes. La norma expone, a manera de ejemplo, que la fuente de los dividendos no puede ser determinada en atención al lugar donde se producen los beneficios que se reparten o que se acumulan<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> Esta idea es la línea argumental del trabajo de HARRIS 2013: p. 181 y ss.

<sup>176</sup> La norma no especifica la residencia del receptor de los dividendos, de ahí que se discuta si se aplican las restricciones subjetivas del art. 1 MCOCDE o si es una regla objetiva que exceptúa el requisito de que quien obtiene los dividendos sea residente del otro Estado. Con ello, si los mismos son pagados a un residente en el Estado C quedaría la duda de si el art. 10.5 del CDI entre los estados A y B limita el poder tributario de B cuando el receptor de los mismos no sea residente de estos últimos Estados. Es decir, si B podría gravar como dividendos los beneficios obtenidos por una empresa del Estado A mediante un EP en B, siendo los socios residentes en C. Dada la redacción del precepto, el apartado 5 del art. 10 es una excepción tanto al ámbito subjetivo de los CDI como al carácter bilateral que impone el art. 10.1 MCOCDE, al no exigir que los dividendos sean pagados a un residente de un Estado contratante, puesto que de otra forma la norma no tendría mucho sentido (VOGEL 1997: No. 258 y 258a, p. 694.695; DE SANTIS 2013; PEREIRA RIBEIRO 2004: p. 172). BAKER ha acuñado la expresión “beneficios indirectos” (*vicarious benefits*) del convenio para referirse a aquellas situaciones en las cuales el beneficio real de un CDI es obtenido por una persona que en principio no tiene derecho a la aplicación del mismo, lo cual ocurre precisamente en el supuesto recién mencionado, cuando se acude al art. 10.5 del CDI entre los estados A y B (BAKER (S/A): p. 8. Comentando al citado autor, WHEELER 2011: p. 271.

<sup>177</sup> VOGEL 1997: p. 692 y ss. No. 251.

<sup>178</sup> Esta norma proviene del Modelo de Londres de la Sociedad de las Naciones de 1946 y fue recogida por el WP12 en sus trabajos para ser finalmente incorporada en el borrador de Modelo OCDE de 1963, donde ha permanecido hasta el Modelo más reciente sin modificaciones sustanciales. vid. VOGEL 1997: p. 693 nos. 249-254; Existen diferencias con el MCEUA, art. 10 apartados 7 y 8.

<sup>179</sup> VOGEL 1997, p. 692 y ss.; MAY 2011: p. 418. En esa línea, los Comentarios señalan que: “el apartado 5 excluye la imposición extraterritorial de los dividendos; es decir, la práctica de los Estados que gravan los

El apartado 5 del art. 10 MCOCDE ha planteado varias cuestiones debido a su redacción imprecisa y a la asunción de que se trataría de una norma genérica cuyo objetivo es la prohibición de la extraterritorialidad. Estaría claro que los dividendos repartidos o los beneficios no distribuidos por una sociedad residente en el Estado A, provenientes de beneficios obtenidos en el Estado B a través de un EP, no podrán ser gravados por el Estado B por el mero hecho de que los beneficios que se distribuyan tengan su fuente en el Estado B<sup>180</sup>. Sin embargo, en virtud de otros criterios de conexión sí podrían ser gravados los dividendos en el Estado B<sup>181</sup>. Así lo dice el propio artículo al consagrar dos excepciones, en primer lugar, se aclara que cuando los dividendos son pagados a un residente en B, éste Estado puede gravar la renta mundial de sus residentes, aunque deberá garantizar la aplicación del método para eliminar la doble imposición, y en segundo lugar, que cuando las participaciones que dan origen a los dividendos son atribuibles a un EP sito en B, tal Estado puede gravarlo de conformidad con el art. 7 MCOCDE.

El art. 10.5 MCOCDE no restringe a aquellos criterios de conexión que gravan los dividendos por el mero hecho de que su pago se realice y se efectúe en su territorio, como ocurriría cuando se ordena a un banco realizar el pago en otro Estado<sup>182</sup>, pues no se trata de un precepto que prohíba genéricamente la extraterritorialidad como lo sugiere VOGEL<sup>183</sup>, y

---

dividendos distribuidos por una sociedad no residente exclusivamente porque los beneficios sociales que sirven para tal distribución de dividendos proceden de su territorio (por ejemplo, si son producidos por medio de un establecimiento permanente situado en este territorio)” párr. 34 al art. 10 MCOCDE.

<sup>180</sup> Así, una regla como el derogado art. 4.2 del Texto refundido del Impuesto sobre las Rentas del Capital en España (Decreto 3357 de 23 de diciembre de 1967) que gravaba los dividendos satisfechos por entidades no residentes que realizaran negocios en España por medio de un EP en la parte que correspondiera a lo obtenido en el territorio nacional, se entiende contraria al art. 10.5 MCOCDE. Por ello, España plasmó una reserva al apartado 5 del MCOCDE y, por ejemplo, en los CDI con Canadá, Reino Unido, Túnez y Suecia han permitido expresamente el gravamen extraterritorial. En Colombia, por su parte, el artículo 24.10 ET indica que son ingresos de fuente nacional los “dividendos o participaciones de colombianos residentes, que provengan de sociedades o entidades extranjeras que, directamente o por conducto de otras, tengan negocios o inversiones en Colombia.” Esta norma de fuente, que aparentemente resultaría contraria al artículo 10.5 de los CDI de éste país, no ha contado con *cláusulas* de salvaguarda. Otras menciones a ejemplos de extraterritorialidad en España en: RUIZ GARCÍA 2004: p. 611.

<sup>181</sup> RUIZ GARCÍA 2004: nota 12; VOGEL 1997: p. 693, no. 258a. MADEIRA & CASSIANO 2007: p. 474.

<sup>182</sup> El párr. 36 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE indica que el apartado 5 no limitaría el poder de gravar de los Estados que así lo establezcan, pues “el criterio de conexión es la operación material de pago de los dividendos y no el origen de los beneficios sociales afectos a la distribución de estos dividendos.”

<sup>183</sup> VOGEL 1997: p. 695, No. 259.

su mandato sólo procede cuando hay un criterio de conexión que atiende al origen de los beneficios de la entidad y no cuando el vínculo deriva de la operación de pago<sup>184</sup>.

El apartado 5 del art. 10 del Modelo es compatible con las normas de transparencia fiscal internacional llamadas en inglés *controlled foreign corporation rules (CFC)*, ya que el efecto de éstas consiste en atribuir los beneficios de una entidad a los socios o partícipes residentes de manera que se graven sin importar si ha habido distribución real y efectiva de dividendos<sup>185</sup>, mientras que la norma internacional limita únicamente al Estado de la fuente de los dividendos en cuanto a la tributación de las distribuciones hechas por la sociedad. En consecuencia, no restringe al Estado de la residencia del socio de gravar las rentas atribuibles a éste, aun cuando hubieren tributado en el otro Estado en cabeza de la sociedad<sup>186</sup>. Sin embargo, la cuestión no parece unánime en la doctrina, pues hay quienes apuestan por una interpretación amplia del apartado 5<sup>187</sup>.

Es posible que la entidad distribuidora de dividendos resulte siendo residente en los dos estados contratantes según sus legislaciones internas. A efectos convencionales, sin embargo, sólo podrá ser residente en uno de estos de acuerdo con las normas de “desempate” previstas en el artículo 4.3 MCOCDE. De esa manera, los dividendos tendrán

---

<sup>184</sup> MADEIRA & CASSIANO 2007: p. 476 y 477; Por su parte, DE SANTIS no toma una posición de *lege lata*, pero asume que desde el punto de vista de la política tributaria no parece coherente que el art. 10.5 prohíba la extraterritorialidad cuando no hay un nexo fuerte con la entidad por ser esta no residente y no la prohíba el caso del mero pago de los dividendos donde el vínculo puede ser menor. DE SANTIS 2013: s/p.

<sup>185</sup> Por el momento: HARRIS & OLIVER 2010: p. 299 y ss.; DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 17-46.

<sup>186</sup> párr. 37 art. 10 MCOCDE; RUST 2004: p. 269. Indica éste último autor: “art. 10 (5) starts with the words: “Where a company which is a resident of a Contracting State derives profits ... from the other Contracting State”. As a result, this provision is only applicable if the company derives income from the other contracting state, Just in this situation a CFC legislation might be justified. However, the provision would not bar a CFC legislation if the company solely derives income in its residence state or third state, the provision is not applicable. It does not make any sense to forbid a CFC legislation if the company derives income in the residence state of the shareholder and to allow a CFC legislation as long as the company does not derive income from the residence state of the shareholder. Thus art. 10 (5) has to be interpreted that it does not regulate the taxation of undistributed profits in the hands of the shareholder. As a result, it cannot limit the scope of the German CFC legislation.” párr. 38 al art. 10 MCOCDE. En una línea similar VOGEL entiende que la prohibición de extraterritorialidad en el gravamen de los beneficios no distribuidos restringe a los gravámenes que recaen sobre la entidad distribuidora y no sobre los socios, de manera que no resulta contraria a las normas de transparencia fiscal internacional que recaen sobre los socios. VOGEL 1997: p. 696. Resumiendo la doctrina alemana RUST 2004: p. 268-269.

<sup>187</sup> SANDLER 1998 p. 103; FONTANA 2006: sec. 3.3.4; MADEIRA & CASSIANO 2007: p. 482. Dentro de ellos, en la doctrina española ALMUDÍ estima que el citado apartado “impide, de forma genérica, que se sometan a tributación los beneficios no distribuidos por la entidad participada [...] sin especificar el sujeto pasivo al que se refiere dicha prohibición.” ALMUDÍ 2005: p. 327.

su fuente en el Estado “ganador” del conflicto de criterios subjetivos. Siguiendo a VAN WEEGHEL (2008) y DE SANTIS (2013), ello puede dar lugar a tres escenarios. Que los dividendos se paguen:

1) a un residente del Estado “perdedor”: en éste caso el art. 10 MCOCDE es aplicable, pero en virtud de su apartado 5 no procederá retención en la fuente alguna so pena de considerarse un gravamen extraterritorial<sup>188</sup>. Ésta resulta ser una limitación al Estado de la fuente de los dividendos.

2) a un residente del “Estado ganador”: el Art. 10 no es aplicable por no darse una relación bilateral y la renta se calificaría como beneficios empresariales (Art. 7 MCOCDE) u “otras rentas” (Art. 21 MCOCDE), dependiendo si es una actividad empresarial, en cualquier caso, permitiéndose un gravamen ilimitado en la residencia del perceptor y restringiéndose la potestad de gravar en el Estado de la fuente de los dividendos. Si el Tratado no tiene el artículo de “otras rentas” se podría entender que las limitaciones previstas en el art. 10 MCOCDE no son aplicables y que por tanto no hay restricción al derecho interno del Estado de la fuente<sup>189</sup>.

3) a un residente de un tercer Estado<sup>190</sup>: en este caso la pregunta que surge es si el Estado “perdedor” (según las reglas de desempate del CDI que dicho Estado tiene con el Estado ganador) puede seguir gravando los dividendos pagados a residentes de terceros estados. El primer problema que habría que plantear es que el hecho de que una entidad no sea considerada residente a efectos de un CDI no implica que deje de serlo a efectos de otros CDI o del propio derecho interno, pues los convenios tienen un alcance bilateral, un efecto relativo y el Art. 4.1 no exige una sujeción efectiva<sup>191</sup>, obviamente a menos de que la propia legislación interna disponga que una vez se deja de ser residente a efectos de un CDI se pierde automáticamente la residencia según el

---

<sup>188</sup> Así lo ha concluido la Corte Federal (Federal Court – Trial Division) canadiense en el caso *Hunter Douglas Ltd. v. Her Majesty the Queen*, T-329-74, D.T.C. 5430, September 1979. En este caso una entidad canadiense decide mover su sede de dirección efectiva de Canadá a Países Bajos. La entidad distribuyó dividendos siendo ya residente en éste último Estado. En la medida en que el receptor de los dividendos es un residente en Países Bajos la entidad no aplicó retención en la fuente. La Administración Tributaria canadiense requirió a la entidad distribuidora el 15% de retención que correspondía aplicar según la legislación interna canadiense. Tras la impugnación de la liquidación, la Corte argumentó que el concepto de “residente” utilizado en el art. IV.5 (Similar al art. 10.5 MCOCDE) es el convencional y no el interno, de manera que Canadá no podría practicar la retención en la fuente sin quebrantar el CDI. El Tratado bajo análisis en la sentencia tenía una redacción diferente a la del MCOCDE pues en vez de indicar ejemplificativamente que la extraterritorialidad se prohíbe “aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan...”, señala, quizá taxativamente, “en razón al hecho de que...”. No obstante, la Corte entendió que la diferencia gramatical no representa una diferencia con los objetivos del precepto del Modelo de manera que debe interpretarse como un ejemplo. DE SANTIS, Apto. 4.1. WHEELER 2011: p. 272.

<sup>189</sup> En esa línea VAN RAAD 2002: p. 588 y 589.

<sup>190</sup> Estas hipótesis son analizadas por: VAN WEEGHEL 2008: p. 70-72; DE SANTIS: aptdo. 1.4.2.

<sup>191</sup> Este argumento se encuentra en distintos autores: BOCCARDO 2009: p. 128; GARCIA PRATS 1994: p. 482; VAN RAAD 1988b: p. 242; VOGEL 2002: p. 2; SOLORZANO 2009: p. 318.

derecho interno<sup>192</sup>. Sin embargo, a partir de 2003 los Comentarios indican que cuando una entidad deja de ser residente a efectos de un CDI por aplicación del Art. 4.3 MCOCDE, puede dejar de ser residente a efectos de los otros CDI suscritos por el Estado “perdedor”, en tanto que no se encuentra sujeto plenamente a imposición<sup>193</sup>. Esa misma idea fue utilizada en 2001 por la Corte Suprema Neerlandesa<sup>194</sup>. En cualquier caso, el resultado interpretativo ha extrañado a la doctrina por no acompañarse con la historia del artículo 4<sup>195</sup>.

Ahora bien, en relación con el Art. 10.5 es evidente de que el Estado perdedor se ve limitado para gravar los dividendos, aún si son obtenidos por un residente en un tercer Estado<sup>196</sup>. Ello se derivaría del entendimiento de que el citado apartado 5 tiene un ámbito de aplicación que excede de los art. 1 y 10.1 MCOCDE, y de que la referencia al origen de los beneficios es una mera ejemplificación de los distintos tipos de extraterritorialidad que prohíbe el Art. 10.5 MOCDE. Así lo ha concluido la Corte Suprema neerlandesa (*Hoge Raad*)<sup>197</sup>. Un caso distinto se presentaría si no existe el art. 10.5 MCOCDE como ocurrió en la Sentencia de 28 febrero de 2001 del *Hoge Raad*<sup>198</sup>.

Ahora bien, debido a la redacción del precepto se ha cuestionado si el apartado 5 es una limitación a los denominados “*branch tax*”, segundo nivel de impuestos o imposición

---

<sup>192</sup> La legislación Británica (sec. 249 Finance Act) y Canadiense (Sec. 240(5) Canadian Income Tax) así lo establecen como medida para evitar esquemas de planeación fiscal que se aprovechan del fenómeno de la doble residencia de sociedades, aunque en el caso canadiense también aplica para personas físicas.

<sup>193</sup> El párr. 8.2 al art. 4 MCOCDE, indica que la segunda frase del apartado 1 de dicho artículo “(e)xcluye también a las sociedades y otras personas que no estén plenamente sujetas a imposición en un Estado contratante debido a que, aún siendo residentes de ese Estado en virtud de su normativa fiscal, se las considere residentes de otro Estado en virtud de lo dispuesto en un convenio celebrado entre ambos Estados.”

<sup>194</sup> Países Bajos, Case number 35 557, BNB 2001/295. VAN RAAD 2002: p. 591.

<sup>195</sup> VANN 2009: p. 253-254.

<sup>196</sup> DE SANTIS 2013: Apto. 1.4.2; VAN WEEGUEL 2008: p. 71

<sup>197</sup> Corte Suprema neerlandesa, caso 27.252, septiembre, 1992, Tax Treaty Case Law, IBFD. En éste caso una entidad (una sociedad de responsabilidad limitada - *besloten vennootschap –BV-*) constituida en Países Bajos que tiene su sede de dirección efectiva en Irlanda es considerada residente en ambos Estados a efectos de las respectivas legislaciones internas. La entidad repartió dividendos a un socio residente en Estados Unidos. Los beneficios obtenidos por la entidad no eran de fuente neerlandesa, sin embargo, la legislación neerlandesa exigía una retención en la fuente para los dividendos pagados por sus entidades residentes. El *Hoge Raad* concluyó que la retención en la fuente no era procedente pues resultaba contraria al art. 9.8 del CDI entre Países Bajos e Irlanda (equivalente al art. 10.5 MCOCDE) en la medida en que dicho precepto era amplio y no se limitaba a impedir el gravamen extraterritorial de los dividendos por razón del origen de los beneficios, como lo argumentó el tribunal inferior. El caso *Hunter Douglas Ltd. v. Her Majesty the Queen* también contiene una argumentación en el sentido de que el art. 10.5 aplicaría a residentes de terceros estados, pero no como *ratio decidendi* sino como *obiter dictum*. En este último caso, sin embargo, el Tratado entre Canadá y Países Bajos de 1957 no contenía un artículo equivalente al 1 del MCOCDE. VAN WEEGUEL 2008: p. 70-72; DE SANTIS 2013: apto. 4.2; WHEELER 2011: p. 272. Ésta última autora sostiene que se podría argumentar que se aplicó el CDI equivocado respecto de los residentes en terceros estados y que se otorgaron beneficios de forma indirecta a los accionistas de un Tratado al que no tendrían derecho. Esto puesto que el procedimiento tributario vinculó a la sociedad, podríamos entender, como responsable por las obligaciones de los socios y no como contribuyente, y el juzgador parece no haber considerado ese hecho para distinguir las normas convencionales aplicables a cada socio.

<sup>198</sup> VAN WEEGUEL 2008: p. 72 y 73.

complementaria sobre los EP. Algunos autores han interpretado que el MCOCDE no permitiría éste tipo de gravamen, pero sus argumentos parecen basarse en el art. 24 sobre no discriminación y no en el apartado 5 del art. 10<sup>199</sup>. Para HARRIS, el citado apartado quinto implica la supresión de la imposición complementaria cuando el EP obtiene dividendos, pues a diferencia de los art. 11.5 y 12.5 MCOCDE, la fuente de los dividendos es siempre el Estado de residencia de la entidad pagadora y no el Estado donde se encuentra sito un EP<sup>200</sup>. Fuera de esta hipótesis, el art. 10 del MCOCDE no parece tratar con los beneficios transferidos del EP a la casa central, en cuanto que se refiere a dividendos pagados por un residente de un Estado a un residente del otro Estado. Pese a lo anterior, el apartado 5 se refiere a un impuesto sobre los beneficios no distribuidos de la sociedad, de forma que podría haber algún margen de duda que ha hecho que los tratados expresamente excluyan esa imposición mientras que otros, por el contrario, la aceptan. Dentro de éstos últimos algunos contienen una salvaguarda respecto del art. 10.5<sup>201</sup>, otros del art. 24<sup>202</sup> y otros del todo el CDI<sup>203</sup>.

### **2.1.2. EL SUJETO A QUIEN SE PAGAN LOS DIVIDENDOS**

El apartado segundo del art. 10 MCOCDE establece que el gravamen de los dividendos en el Estado de la fuente será limitado cuando el beneficiario efectivo de la renta sea un residente del otro Estado<sup>204</sup>. El principal requisito es ser el beneficiario efectivo<sup>205</sup>, concepto que genera numerosos problemas que exceden del objeto de esta tesis, que aborda la definición de un elemento objetivo del CDI y no los elementos subjetivos de aplicación del Tratado en general, ni del art. 10, en particular, que a todos los efectos damos por cumplidos de antemano. No obstante, haremos una brevísima mención, en la medida en debemos aclarar la relación entre ese concepto y la definición de dividendos. Dicho esto, el primer problema es la admisión de dos sujetos -el beneficiario efectivo y el receptor directo-, el primero de los cuales claramente tiene derecho a la concesión de la reducción del tipo previsto en el apartado segundo del artículo, mientras que el segundo podría

---

<sup>199</sup> VOGEL 1997: art. 24 no. 128a, p. 1316.

<sup>200</sup> HARRIS 2010: p. 583.

<sup>201</sup> España-Tailandia 1997.

<sup>202</sup> España-Sudáfrica 2008.

<sup>203</sup> España-Indonesia 2000; España-Canadá 1980; España-Panamá 2011; Colombia-Canadá 2013.

<sup>204</sup> párr. 9. art. 10 MCOCDE

<sup>205</sup> Requisito que se ratifica en subapartado 10.2.a).



someterse a una imposición ilimitada en la fuente. Bien, la cuestión se plantea a la luz del art. 23 del Modelo, pues si el receptor directo se encuentra sujeto a imposición sobre la renta en el Estado de la residencia, y el beneficiario efectivo es una cláusula para evitar el abuso del tratado (*treaty shopping*), no se debería conceder el método de eliminación de la doble imposición. Sin embargo, la redacción de los art. 10.2 y 23 del Modelo da a entender que el Estado de la residencia ha de aplicar el método convencional previsto para los dividendos<sup>206</sup>.

En segundo lugar, en la mayoría de CDI vigentes no existe claridad sobre las relaciones entre los apartados 1 y 2 del art. 10 del MCOCDE 1977/2010, puesto que antes de 1995 se entendía que para que procedieran las limitaciones al Estado de la fuente los dividendos debían ser “pagados a” un “receptor” que además fuera “beneficiario efectivo”. A partir de ese año los Comentarios entienden que solo se requiere que sea un beneficiario efectivo residente del otro Estado contratante, de manera que si un intermediario los percibe, por serles a él pagados, el CDI entre pagador y beneficiario se aplicaría sin importar que la residencia del receptor directo esté en una tercera jurisdicción<sup>207</sup>. Es decir, los Comentarios

---

<sup>206</sup> Dicha conclusión entonces se basaría en la idea de que el beneficiario efectivo ha sido consagrado sólo como un condicionante para la aplicación de la limitación al Estado de la fuente, pero no para la aplicación de todo el art. 10 MCOCDE, contrario a lo que inicialmente pudo haber sido su finalidad y al párr. 12 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE (En el MCOCDE 2014 es el párr. 12.1 de los com. al art. 10) que indican que el beneficiario efectivo fue adicionado para clarificar el significado de las palabras “pagados... a un residente” utilizadas en el apartado 1 del citado artículo. El *Conseil d'État* francés en la Consulta no. 382545 de marzo de 2009 argumentó que el concepto de beneficiario efectivo no tiene relevancia para Francia cuando es el Estado de residencia del receptor de los dividendos, aunque si lo tiene cuando es el Estado de la fuente. vid. GOUTHIERE 2011: p. 11 y 12. Para RUIZ GARCÍA el primer apartado del art. 10 no condiciona a que el sujeto a quien se pagan los dividendos sea el mismo beneficiario efectivo, aunque en los CDI de España con Australia y Suecia se exija que el receptor sea el “beneficiario efectivo” o “receptor efectivo”. Además, si un intermediario residente en un tercer Estado actúa por cuenta del socio, será aplicable el art. 10.1 del CDI entre el Estado de la fuente de los dividendos y el de la residencia del intermediario respecto de los dividendos y, en cuanto a los pagos derivados de las relaciones entre el intermediario y el socio, se atenderá a lo dispuesto el artículo de otras rentas (21 MCOCDE) del Tratado entre los estados de residencia de estos últimos sujetos. vid. RUIZ GARCÍA 2004: p. 576. Esta interpretación olvida que la calificación de la renta que fluye del receptor directo al beneficiario efectivo puede ser calificada de acuerdo con su naturaleza y considerando el CDI respectivo, y que en muchos casos no irá por “otras rentas”. En todo caso, el autor tiene razón en señalar que si el Estado de la fuente deniega la aplicación del CDI con el Estado de la residencia del receptor directo, este último podría gravar los dividendos recibidos, por más que MCOCDE indiquen el intermediario no sería el propietario de la renta según el Estado de su residencia (párr. 12.2 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE). En la práctica es perfectamente posible que esta última jurisdicción los considere atribuidos a su residente, aunque coincida en que no es el beneficiario efectivo.

<sup>207</sup> Con la eliminación del doble requerimiento “la limitación del impuesto del Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario, por ejemplo un agente u otro mandatario, con sede en un Estado contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el acreedor y el deudor, pero el beneficiario efectivo es residente del otro

del año 1995 hacen una interpretación amplia de los requisitos “pagados a” y “receptor”, que en todo caso han de coincidir con el “beneficiario efectivo”, lo que en últimas significa un *look through approach*. No obstante, la literalidad de las normas podría admitir otras interpretaciones sobre la definición del sujeto con derecho a los beneficios del Tratado, razón por la cual la redacción del MCOCDE 2014 eliminó el vínculo que hacía el apartado 2 al 1 del art. 10, al indicar en el segundo párrafo que los “~~dichos~~ dividendos *pagados por una sociedad que es residente de un Estado Contratante* pueden someterse a imposición en ~~ese Estado el Estado contratante en que reside la sociedad que paga los dividendos~~ y según la legislación de ese Estado...”<sup>208</sup> Como se aprecia, la redacción del Modelo 2014 requiere que los dividendos sean pagados por una sociedad residente, pero no “pagados a” un receptor directo residente del otro Estado contratante, ya que sólo se requiere que “el beneficiario efectivo de los dividendos [sea] un residente del otro Estado contratante”<sup>209</sup>.

En tercer lugar, el contenido de la expresión “beneficiario efectivo” tiene un significado discutible, pues hunde sus raíces en sistemas de derecho anglosajón, sin encontrar un perfecto acomodo en la tradición de derecho continental<sup>210</sup>. Surgió como un vínculo para

---

Estado contratante...” (párr. 12.2 art. 10 MCOCDE) Esa modificación que consiste en un *look through approach*, parece no haber sido suficiente para aclarar que el sujeto con derecho a la imposición reducida es el beneficiario efectivo, pues bajo la redacción del Modelo 1977/2010, se entendió que “dichos dividendos” deben cumplir con el requisito de bilateralidad establecido en el art. 10.1 MCOCDE, que exige que los dividendos sean “pagados a” un residente del otro Estado contratante. En la medida en que la expresión en comillas puede ser entendida desde una perspectiva mercantil, podría ocurrir que el beneficiario efectivo no coincidiera con el sujeto con derecho legal a recibir el pago, es decir, en la nueva terminología de los Comentarios, el “receptor directo”. En Comentarios adicionados en el art. 10 del MCOCDE 2014 se han modificado las referencias al “receptor inmediato” por el “receptor directo” y a los “dividendos recibidos” por “pagados a”, contenidas en los párr. 12.1 y ss.

<sup>208</sup> Tachado representa lo eliminado del MCOCDE 2010 y la cursiva lo introducido en el Modelo de 2014.

<sup>209</sup> “30. The Working Party agreed that the issue raised in these last comments needed to be addressed. A literal interpretation of the words “such dividends” in the preamble of paragraph 2 of Article 10 could lead to the conclusion that these dividends must be dividends that are paid direct to a resident of a Contracting State, which would be problematic where the direct recipient and the beneficial owner of the dividends are residents of two different States. Whilst existing paragraph 12.2 of the Commentary clearly indicates that such an interpretation should be rejected, it suggests that some States may wish to adopt a clearer wording in their bilateral treaties. The Working Party decided that, in order to remove any doubt, such clearer wording should be included in the Article itself. At the same time, it decided to clarify in the Commentary that this issue was dealt with through two different changes to the wording of the Article since the 1995 change that is already referred to in paragraph 12.2 only addressed the issue where the direct recipient and the beneficial owner of the dividends are both residents of the same State.” OECD, *The Meaning of Beneficial Owner, revised Discussion Draft, Unclassified report*, CTPA. Committee on Fiscal Affairs, 25 sept. 2012 [CTPA/CFA(2012)63], párr. 30.

<sup>210</sup> DU TOIT 1999: p. 243. Ello lo afirma con claridad ZUK 2013: Apto. 2.1. “As we may see there is no single, universal meaning of all-encompassing definition, as well as a general application and purpose of the

determinar al propietario de las acciones o de los activos en el CDI entre Canadá y Estados Unidos de 1942, y evolucionó hacia un concepto para fijar la relación de propiedad con la renta en el Protocolo de 1966 al CDI entre Reino Unido y Estados Unidos. Inicialmente, el motivo de esta inclusión se debía al interés británico de exponer que el *nominee* si bien derivaba un ingreso, no debía obtener los beneficios del CDI. Bajo el MCOCDE de 1963 no hubo referencia a este concepto, y fue en la versión de 1977 donde hace su aparición estelar bajo el patronazgo de Reino Unido y como solución al problema del uso impropio de los CDI en los supuestos en que se constituye un mandatario o agente sólo para acceder a los beneficios convencionales. Sin embargo, algunos documentos históricos hacen parecer que también pretendía reforzar la idea de que el receptor de la renta debía estar sujeto a imposición en la residencia, como ya se contenía en el art. 4.1 MCOCDE 1977<sup>211</sup>, o bien como un sucedáneo del test de sujeción efectiva<sup>212</sup>. Lo más plausible es lo primero pues de hecho las cláusulas de sujeción efectiva fueron descartadas y reemplazadas por el beneficiario efectivo para permitir el acceso a los beneficios del Tratado a fondos de pensiones y entidades sin ánimo de lucro<sup>213</sup>.

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

“... el receptor directo no es el “beneficiario efectivo” porque el derecho del receptor de usar y disfrutar el dividendo está restringido por una obligación legal o contractual de transmitir el pago recibido a otra persona. Dicha obligación normalmente derivará de los documentos legales relevantes, pero puede también ser demostrada con base en los hechos y circunstancias que señalen que, en sustancia, el receptor claramente no tiene el derecho a usar y disfrutar de los dividendos de forma irrestricta por ninguna obligación legal o contractual de transmitir el pago recibido a otra persona. Este tipo de obligación no incluye obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el receptor directo, como una obligación que no es

---

“beneficial owner” or “beneficial ownership” notion in common law. The common denominator is that the “beneficial owner” is the actual owner of property and the rightful recipient of the benefits (fruits) accorded and is differentiated from the legal owner (title holder).” El *Blacks Law Dictionary* en la segunda definición del término señala: “2. A corporate shareholder who has the power to buy or sell the shares, but who is not registered on the corporation's books as the owner.” GARNER & BLACK 2004

<sup>211</sup> De hecho, el uso que se hace del concepto en el Informe de *Partnerships* de 1999 da a entender esta misma idea. OECD 1999: párr. 54. En contra de esta posición VANN 2013: Apto. 19.5.3. quien entiende que los conflictos de atribución no han sido nunca la finalidad histórica de esta norma.

<sup>212</sup> Un detallado análisis en: VANN 2013: Apto. 19.4 y ss.; ZUK 2012: Apto. 2.2.

<sup>213</sup> MARTÍN J. 2010: p. 53 y 57, nota al pie 78. Fundamentado en AVERY JONES et al. 2006: p. 249.

dependiente de la recepción del pago y de la que el receptor directo tiene como deudor o como parte de una transacción financiera, o de una típica distribución de obligaciones de planes de pensiones y de vehículos de inversión colectiva con derecho a los beneficios del tratado bajo los principios de los párrafos 6.8 a 6.34 de los Comentarios al Artículo 1. Cuando un receptor de un dividendo tiene el derecho a usar y disfrutar de los dividendos sin restricciones derivadas de obligaciones contractuales o legales de pasar el pago recibido por otra persona, el receptor es el “beneficiario efectivo” de esos dividendos. Debe destacarse que el Artículo 10 se refiere al beneficiario efectivo de los dividendos a diferencia del propietario de las acciones, el que puede ser diferente en algunos casos.” (Subrayado nuestro)

Con lo dicho, el beneficiario efectivo es una restricción al ámbito subjetivo de aplicación del art. 10<sup>214</sup> que exige la conexión de un ítem de renta con un sujeto<sup>215</sup>. Opera a nivel del Tratado y cuenta con un significado autónomo internacional basado en un vínculo legal y no económico, históricamente diseñado para así evitar algunos casos de aplicación indebida de los CDI en supuestos de agentes o mandatarios, y con ello aclarar el significado de “pagados... a un residente”<sup>216</sup>. Es evidente que desde el año 1998 se ha venido ampliando su interpretación para derivar de ella una norma general anti-elusión. Sin embargo, si así fuera, el principio de reserva de ley impediría su aplicación debido a que sus elementos no resultan claros ni lógicos. Tanto en su significado estricto como en su significado amplio, el beneficiario efectivo ha tenido contornos indeterminados y las clarificaciones pedidas por la doctrina<sup>217</sup> encuentran un grado satisfactorio de respuesta en el párr. 12.4 al art. 10 de los CMOCD E recién citado, según el cual no podrán acceder a la tributación limitada en la fuente prevista en el CDI quienes tengan una obligación legal o contractual de transmitir lo ingresado, a menos que la misma derive de una obligación de carácter financiero, pensional o del IIC. Aunque valga reconocer que aún quedan dudas acerca de las características de esa obligación de transmitir el ingreso a cargo del receptor directo<sup>218</sup>.

A efectos de este trabajo debe tenerse en cuenta que el criterio del beneficiario efectivo supone un análisis independiente del que deriva de la definición de dividendo contenida en

---

<sup>214</sup> WHEELER 2007: p. 50 y ss.

<sup>215</sup> Entendiéndolo como una relación de propiedad sobre el pago recibido: DU TOIT 1999: p. 225.

<sup>216</sup> Esta posición la defienden MARTÍN 2010: p. 53 y ZUK 2013: aptdo. 3.4; En contra, VANN 2013: Aptdo. 19.4.2. y 19.3.3.

<sup>217</sup> MARTÍN 2010: p. 61.

<sup>218</sup> Excede del objeto de éste trabajo abordar este asunto, pero debo esta idea a la lectura de algunos apartes del borrador de tesis de Pablo Hernández quien profundiza en los defectos de la actualización del Modelo en relación con el beneficiario efectivo.

el art. 10.3 MCOCDE, pues como es bien sabido, este último precepto parte de definir la fuente de la renta, que es un activo o propiedad llamado genéricamente participaciones en “sociedades”. Como producto de ello, las rentas así calificadas son aquellas que un sujeto reciba a causa de las participaciones, sin que se prejuzgue la atribución dada por el Estado de la fuente, ni que se evalúe si el receptor es o no el beneficiario efectivo. Así, la lógica de la definición es la determinación de la fuente de la renta partiendo del activo que la genera, y su efecto es determinar la categoría a la que se somete el reparto del poder tributario. Por su parte, el beneficiario efectivo busca definir el ámbito de aplicación subjetivo del art. 10, al requerir que la renta se obtenga en plena propiedad y sin la obligación de transferirla a un tercero. No obstante, ha de resaltarse que antes de los Comentarios introducidos en el 2014 este último vínculo ha sido entendido como una propiedad jurídica sobre la renta<sup>219</sup> o como el beneficio económico sobre la misma<sup>220</sup>, generando inseguridad jurídica.

---

<sup>219</sup> El primer ejemplo que mencionan los Comentarios corresponde con su significado original y es el referente a los dividendos percibidos por un residente del otro Estado contratante cuando los mismos pasan inmediatamente a manos de un residente a un tercer Estado. párr. 12 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE. como cuando existe un mandatario o agente que no es considerado propietario de la renta por el Estado de su residencia. En este caso, parece razonable que el sujeto intermediario no sea a quien se le realiza el pago y, de alguna forma el concepto de beneficiario efectivo podría parecer tautológico. Además, se han encontrado problemas frente a las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) que son entidades que administran inversiones y dan a sus inversores títulos de participación, con lo cual, bajo ese ejemplo no serían beneficiarias efectivas. No obstante, en un giro particular, la OCDE en el 2010 ha entendido que las IIC si lo son pues desarrollan funciones significativas en relación con la inversión y el manejo de los activos. OECD 2010c: p. 9. Ello pues, se constituiría en un nuevo test, que aplicado a algunos casos de agentes tales como los comisionistas de bolsa con dichas funciones, podría dar lugar a considerarlos beneficiarios efectivos. Sin embargo, el citado criterio parece estar restringido por los Comentarios a las IIC. ZUK 2013: aptdo. 2.2.3.

<sup>220</sup> Un segundo ejemplo mencionado por los Comentarios es el de los meros intermediarios o sociedades instrumentales (según se define en el párr. 12.2 del art. 10 MCOCDE). Proviene de ideas avanzadas en los informes de la OCDE de 1987(OECD 1987: párr. 14 y 38) y 1998(OECD 1998a: párr. 119), pero tan solo integradas en los Comentarios en el año 2003. Así, el párr. 12.3 de los Comentarios al art. 10 del Modelo de los Comentarios al art. 10 del Modelo representa un paso en la evolución del concepto de beneficiario efectivo, pues pasa a ser entendido como un instrumento para denegar la aplicación del Tratado a aquellas sociedades con una función económica de conducir una renta. Esa misma concepción ha derivado una tendencia reciente, especialmente en la práctica convencional española, consistente en la reiteración del requisito del beneficiario efectivo en protocolos, pero con la particularidad de que se extiende además a todos los receptores de rentas que quieran obtener los beneficios del CDI y no sólo respecto de las rentas pasivas (España-Albania 2011; España-Argentina 2013; España-Armenia 2012; España-Georgia 2011; España-Kazajstán 2011; España-Moldavia 2009; España-Panamá 2011; España-Senegal 2007; España-Serbia 2010; PISTONE 2012: p. 10. Este autor destaca República Checa usa este criterio como norma general *anti-treaty shopping*). Lo mencionado significa que el beneficiario efectivo viene siendo interpretado como una cláusula anti-elusión amplia que iría más allá de las funciones atribuidas en 1977 y 2003 (PISTONE 2012: p. 10.) La cumbre de este proceso estuvo a punto de ser coronada con los cambios a los Comentarios inicialmente propuestos (OECD 2012: p. 10 y 11) que incluía a aquel que se encuentre “obligado contractual o legalmente a transmitir a otra persona el pago recibido”, lo cual resultaría descabellado si no se hubiese limitado como se hizo en los Comentarios introducidos en el MCOCDE 2014. Una crítica a la interpretación económica del beneficiario efectivo: VANN 2013: Apto. 19.5.2.

El artículo 10 comprende una serie de elementos que cualifican a la participación social que da derecho al dividendo y de forma más o menos directa también al sujeto con derecho a los beneficios del CDI. En esa línea, los beneficios del art. 10.2.a) del Modelo requieren que los dividendos deriven de una participación sustancial<sup>221</sup> en el capital de la entidad, entendido según el Derecho societario como un instrumento representativo del patrimonio, y por excepción, según el Derecho tributario cuando los instrumentos de endeudamiento generen dividendos<sup>222</sup>. Las participaciones deben tener un mismo “poseedor” para que puedan cumplir el porcentaje establecido, puesto que el Modelo exige que se “posea directamente”. Cómo se observa, este vínculo podría ser leído de conformidad con el Derecho privado y causar inconsistencias con las normas de atribución de la renta del Estado de la fuente<sup>223</sup>. En todo caso, existen importantes variaciones a la regla de participación sustancial del art. 10.2, como la admisión de tenencias indirectas<sup>224</sup>, que

---

<sup>221</sup> Para las inversiones directas, el gravamen se encuentra limitado al 5% del importe bruto de los dividendos. Se considera que es inversión directa si el beneficiario efectivo es una sociedad (se excluye a las sociedades de personas –*partnerships*–) que posea directamente al menos el 25% del capital de la sociedad que paga los dividendos. En cuanto a los restantes dividendos el gravamen en la fuente se encuentra limitado al 15% del importe bruto. RUIZ GARCÍA 2004: p. 525. En la práctica convencional los porcentajes pueden variar, pero usualmente lo hacen de forma recíproca (reciprocidad nominal), aunque excepcionalmente no. p. ej. el CDI de España con Luxemburgo de 1987 contiene tasas del 5 y 10 % para dividendos pagados por una sociedad de Luxemburgo, mientras que para aquellos pagados por una sociedad española las tasas son del 10 o el 15%. De forma similar el CDI entre España y Países Bajos de 1972. La distinción busca eliminar o, cuanto menos, atenuar los impuestos en cascada generados en la relación matriz-filial y facilitar las inversiones internacionales. Sin embargo, parece curioso que el método usado para reducir dicha doble imposición económica haya sido la restricción de la potestad impositiva del Estado de la fuente, cuando los propios comentarios reconocen que la consecución de tal objetivo “depende del régimen fiscal de los dividendos en el Estado de residencia de la sociedad matriz.” párr. 10 del art. 10 MCOCDE. El porcentaje de participación requerido también varía, por lo general para reducirse cuando se trata de economías donde los porcentajes de participación para ejercer algún grado relevante de control suelen ser mucho menores. De hecho, el MCONU lo reduce al 10%.

<sup>222</sup> párr. 15 al art. 10 MCOCDE.

<sup>223</sup> Aunque con el CDI Suiza-Estados Unidos de 1951 que tiene una redacción distinta al MCOCDE y habla de que el “socio” tenga los derechos de voto, el Tribunal Federal suizo ha entendido que la titularidad de la participación debe ser definida conforme al derecho mercantil. vid. Suiza, *Bundesgericht/Tribunal Fédéral*, Sentencia de 16 de agosto de 1996. caso 2A. 11/1994. Disponible en: *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>224</sup> Algunos CDI admiten la participación indirecta. Por ejemplo CDI España-Reino Unido 2013. El CDI entre España y Países Bajos de 1972 exige una participación del 50% pero permite incluso la reducción si el capital es poseído en un 25% por el receptor y otra sociedad residente en el mismo Estado del receptor posea también al menos un 25% del mismo capital. Es interesante que este último CDI, cuando los dividendos proceden del Estado citado en primer lugar, no exige la participación sustancial sino la condición de que el receptor neerlandés no esté sujeto al Impuesto de Sociedades en ese país “por los mismos dividendos”, “sin que sea necesario la mayor o menor participación en el capital de la sociedad española.” vid. España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 14 marzo 2013. JUR\2013\99855; Adenda VII al CDI España-Países Bajos. Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de enero de 1975. La

reduce el riesgo de considerar que las participaciones de un receptor directo no se suman a las que mercantilmente posea el beneficiario efectivo; o como los derechos de voto<sup>225</sup>, que exige entonces un mínimo de tales derechos políticos en la entidad y para lo cual la referencia al derecho mercantil resulta mucha más clara.

El vínculo entre la participación y el sujeto del beneficio convencional es también muy tenue y formal en el Modelo, pues tal y como lo admiten los Comentarios, no exige que la participación se haya mantenido durante un tiempo previo al reparto, como si ocurre en algunas legislaciones de los Estados miembros de esa organización. Si así se quisiera, se recomienda incorporar una condición específica en el CDI, y de hecho muchos convenios exigen periodos de posesión del capital de seis meses o un año. En ausencia de dicha disposición no parece posible denegar los beneficios del Tratado<sup>226</sup>.

Por otra parte, el art. 10.2.a) del Modelo excluye a las *partnerships* de la posibilidad de ser beneficiarias de la imposición reducida por participación sustancial, lo que a nuestro juicio resulta ilógico, pues no se distingue entre entidades transparentes y opacas, como se hizo en los Comentarios al art. 1 MCOCDE incorporados tras el informe de 1999<sup>227</sup>. Esa confusión aparece textualmente en el párr. 11 de los Comentarios al art. 10 del Modelo que parece exigir que las *partnerships* opacas sólo puedan tener ese beneficio si se modifica la redacción del CDI. La finalidad de la exclusión es, en todo caso, evitar desimposiciones

---

adenda indica textualmente: “No obstante las disposiciones del artículo 10, número 3, letra b), el impuesto español sobre los dividendos al que se refiere esta letra no excederá del 5 por 100 del importe bruto de los dividendos, si a la Sociedad que los recibe no se le exige el Impuesto de Sociedades en los Países Bajos por los mismos dividendos.”

<sup>225</sup> El criterio del capital es reemplazado en algunos convenios por el de “derechos de votos”, como ocurre en el MCEUA. Ahora bien, la participación exigida en el Modelo OCDE debe ser directa, aunque algunos CDI admiten la participación indirecta. Por ejemplo CDI España-Reino Unido 2013. El CDI entre España y Países Bajos de 1972 exige una participación del 50% pero permite incluso la reducción si el capital es poseído en un 25% por el receptor y otra sociedad residente en el mismo Estado del receptor posea también al menos un 25% del mismo capital.

<sup>226</sup> El párr. 16 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE indica que aquellas maniobras consideradas abusivas del requisito de participación sustancial, como cuando se complementa su participación poco antes del momento del pago del dividendo, pueden no obtener el beneficio del apartado 2. El fundamento para esta afirmación no es claro, mucho menos cuando a renglón seguido se afirma que para contrarrestar tales maniobras los Estados pueden considerar oportuno incluir una norma anti elusión específica. En esa línea: Italia, Corte Suprema di Cassazione, caso no. 8266, Sentencia de 30 de julio de 1999. Disponible en *Tax Research Platform*, [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>227</sup> Cfr. Comentarios al artículo 1 MCOCDE en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios tributarios sobre la renta y el patrimonio.

cuando no existe doble imposición económica sociedad-socio potencial, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia alemana<sup>228</sup>, lo que llevaría a admitir a todo beneficiario efectivo opaco y a excluir a aquellos transparentes. Cabe mencionar que en la práctica convencional se observa también que algunos tipos específicos de receptores de dividendos son excluidos de la reducción por participación sustancial, como ocurre con las sociedades cotizadas de inversiones inmobiliarias *-real state investment company-* en el CDI entre España y Alemania de 2011, lo que se explica por el sistema de imposición de los beneficios de las mismas, que recae sobre los inversores en el momento de la distribución.

Los CDI pueden conceder una desgravación total en el Estado de la fuente cuando los dividendos son recibidos por ciertas entidades o sujetos que tienen una naturaleza especial. Por ejemplo, cuando el receptor de los dividendos es un fondo de pensiones y los dos estados contratantes según sus normas internas declaran exentas las rentas generadas por los fondos de pensiones locales, la OCDE recomienda buscar una mayor neutralidad extendiendo la exención a los fondos de pensiones del otro Estado contratante mediante la cláusula sugerida en el párr. 69 de los Comentarios al art. 18 MCOCDE<sup>229</sup>. Además, cuando el beneficiario es el Estado o alguna entidad pública (personas jurídicas de derecho público, entidades locales, subdivisiones políticas, fondos soberanos, entidades íntegramente participadas), la OCDE sugiere “confirmar o aclarar” las exenciones o concederlas, según el caso, mediante la inclusión del párrafo adicional contenido en el párr. 13.2 al art. 10 MCOCDE<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> La misma ha indicado que si la entidad receptora es transparente no procedería la imposición reducida por participación sustancial, en el entendido de que la norma tiene como objeto y finalidad eliminar la doble imposición económica, y no es probable que la misma ocurra cuando el receptor es una entidad transparente. Alemania, Case 2 K 2100/03, 16 February 2006, Finanzgericht Köln (Tax Court of First Instance) CDI Alemania-Estados Unidos de 1989. Alemania, Case 2 K 4034/05, 20 April 2007, Court/Chamber: Finanzgericht Köln (Tax Court of First Instance), Disponible en *Tax Research Platform* [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>229</sup> párr. 13.1 al art. 10 MCOCDE.

<sup>230</sup> La confirmación o aclaración dependerá del entendimiento del principio de inmunidad en cada Estado. vid. JANSSEN 2011: p. 205. En esa línea se puede destacar el CDI entre España y Estados Unidos de 2013 que define en el art. 3 los “fondos de pensiones” en España y Estados Unidos, con el objeto de indicar en el art. 10.4 que los dividendos percibidos por este tipo de entidades cuando estén exentos o sujetos a impuestos a tipo cero como residentes del otro Estado y no procedan de una actividad económica desarrollada directa o a través de empresa asociada por el fondo de pensiones, no serán gravables en la fuente. De igual manera el Convenio de España con el Reino Unido exime de gravamen en la fuente a aquellos dividendos cuyo receptor es un plan de pensiones definido conforme al art. 3 que se lee: “la expresión “plan de pensiones” significa: (i) en España: los planes o fondos de pensiones, mutualidades de previsión social y cualquier otra entidad constituida en España (aa) que gestionen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir



De otra parte, Convenios como el hispano-británico permiten expresamente la aplicación de los beneficios del CDI a los “instrumentos de inversión” según las definiciones que se den<sup>231</sup>, aunque los dividendos que reciban serán gravados a la tarifa máxima del 15% prevista en el CDI. El precepto indica que la imposición en origen no podrá exceder del “15 por ciento del importe bruto de los dividendos cuando estos se paguen con cargo a rentas (comprendidas las ganancias) derivadas directa o indirectamente de bienes inmuebles en el sentido del artículo 6 mediante un instrumento de inversión que distribuya la mayor parte de sus rentas anualmente, y cuyas rentas procedentes de dichos bienes inmuebles estén exentas de imposición;”

La OCDE destaca que cuando el beneficiario de los dividendos procedentes de un Estado contratante es una sociedad *holding* residente en el otro Estado contratante cuyo capital pertenece a accionistas no residentes de este último Estado, y que goza de un régimen tributario preferencial en la residencia puede ser relevante preguntarse si los límites al Estado de la fuente deben aplicarse y si es del caso establecer reglas especiales para

---

rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez; y (bb) cuyas aportaciones cuenten con beneficios fiscales, en forma de minoración de la base imponible en los impuestos personales; (ii) en el Reino Unido: los planes, fondos, fideicomisos u otros tipos de acuerdos formalizados en el Reino Unido que (aa) en términos generales estén exentos de imposición sobre sus rentas; y (bb) cuyo objeto principal sea el de gestionar o proporcionar pensiones o prestaciones por jubilación, o el de generar rentas en beneficio de uno o más de esos acuerdos.” Expresamente se incluyen dentro de la expresión “residente de un Estado contratante” a aquellos fondos constituidos en alguna de las dos jurisdicciones. En la misma línea el Tratado entre España y Suiza de 2013 indica que “los dividendos pagados a un fondo o plan de pensiones reconocido, residente en un Estado contratante, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante.” El Protocolo aclaró la aplicación del art. 4, pues “en relación con el apartado 1 del artículo 4 se entenderá que la expresión “residente de un Estado contratante” comprende los fondos o planes de pensiones reconocidos, constituidos en ese Estado.” al mismo tiempo se define la expresión “fondo o plan de pensiones reconocido” como “todo plan, fondo, mutualidad u otra institución constituida en un Estado contratante.” Dando coherencia a esta inclusión, el artículo 10 indica: “c) No obstante lo dispuesto en el subapartado a), los dividendos pagados a un fondo o plan de pensiones reconocido, residente en un Estado contratante, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante.”

<sup>231</sup> Entendidos según el Protocolo “Se entenderá que la expresión “instrumento de inversión” significa: (i) en España, toda entidad regulada mediante la Ley 11/2009 de 26 de octubre por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario; (ii) En el Reino Unido, una entidad cotizada de inversión inmobiliaria, definida de acuerdo con la Parte 12 de la *Corporation Tax Act* (Ley del Impuesto sobre Sociedades) de 2010 y los fondos de inversión inmobiliaria estructurados como sociedades de inversión de capital variable (*Property authorised investment fund*) tal como se definen en la Parte 4A del Reglamento (Tributario) de los Authorised Investment Funds) 2006 (SI 2006/964).”

determinar el tratamiento tributario de tales sociedades<sup>232</sup>. No se prejuzga si tales sociedades tienen o no derecho a los beneficios del CDI bajo la redacción del MCOCDE<sup>233</sup>.

Para terminar esta sección, se debe mencionarse que un vínculo entre la participación y el receptor del dividendo deriva también del apartado cuarto del art. 10 MCOCDE que, como bien se sabe, excluye la aplicación del apartado primero y segundo del mismo artículo cuando el accionista o participe no residente realiza una actividad empresarial en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos, por medio de un EP situado allí, y la participación que genera los dividendos está *vinculada efectivamente* a dicho EP. En tal caso, resulta aplicable el artículo 7 del MCOCDE sobre beneficios empresariales y el Estado de la fuente no está obligado a limitar su potestad impositiva<sup>234</sup>. Es importante resaltar que a partir de las modificaciones al MCOCDE 2010 el art. 7 será aplicable cuando el EP sea el *propietario económico* de la participación<sup>235</sup>.

### **2.1.3. SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DE LA IMPOSICIÓN SOCIEDAD SOCIO FRENTE A LAS LIMITACIONES DEL ART. 10.2 MCOCDE**

El art. 10 MCOCDE fue diseñado para funcionar con un sistema de imposición clásico de los dividendos<sup>236</sup> e históricamente nunca prosperó al nivel del Modelo la idea de la reciprocidad efectiva tal como se verá en el Capítulo II. De esta forma, mientras que el art. 7 MCOCDE gobierna la imposición de la sociedad y con ello el primer nivel de imposición, el art. 10 del Modelo se encarga de los dividendos que corresponden al

---

<sup>232</sup> párr. 22. al art. 10 MOCDE

<sup>233</sup> El Convenio entre España y Vietnam de 2006 acepta la aplicación del apartado segundo del artículo 10, si el beneficiario efectivo de los dividendos es una sociedad mencionada en los artículos 129 a 132 de la Ley española 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros), aclarando que “el impuesto establecido no excederá del 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si esta sociedad posee directamente una participación de como mínimo el 50 por ciento del capital de la sociedad que pague los dividendos.”

<sup>234</sup> párr. 31 al art. 10 MCOCDE. El EP debe gestionar las participaciones y realmente llevar una actividad o negocio relacionada con las acciones. párr. 32 al art. 10 MCOCDE.

<sup>235</sup> Dicha norma no crea por tanto una regla de “fuerza de atracción” del EP sino que requiere que las participaciones sociales formen parte de los activos del EP o de una u otra forma estén vinculadas efectivamente al mismo. Respecto de este concepto vid. párr. 72-97, Parte I OECD 2010d; párr. 32.1 y 32.2 art. 10 MCOCDE. Si el EP desarrolla actividades de seguros serán aplicables las pautas contenidas en la Parte IV, en particular los párrafos 165-170 en: OECD 2010d.

<sup>236</sup> párr. 63. al art. 10 MOCDE.

segundo nivel de imposición<sup>237</sup>. Ello queda ratificado, además, en el párrafo final del apartado segundo al indicar que el mismo “no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos.” Pues bien, en términos generales los sistemas de integración no siempre se acoplan bien a la estructura del Modelo, generando cuestiones de reciprocidad y neutralidad, ya que el sistema de tributación sociedad-socio adoptado impactará el alcance que se dé a las limitaciones al Estado de la fuente previstas en los CDI o incluso a la definición de dividendos que se acuerde. Tal y como ha puesto de presente AULT, la pregunta es “¿qué debería pasar cuando el sistema de integración adoptado, en efecto, elimina la distinción entre beneficios de la sociedad y las rentas de la inversión del accionista?”<sup>238</sup>. El problema ha sido estudiado por la OCDE pero sin llegar a conclusiones definitivas. El CAF ha indicado que las discusiones que suscitan los sistemas de integración han de resolverse de común acuerdo en la negociación de cada CDI y, en consecuencia, se ha abstenido de sentar principios generales. De ahí que los párr. 40 a 67 de los Comentarios al art. 10 del MCOCDE sean primordialmente un reconocimiento de las distintas posturas y prácticas convencionales adoptadas por los estados miembros, aunque en algunos puntos tienden a dar prioridad a los objetivos de neutralidad y no discriminación sobre los del reparto equitativo y recíproco de la potestad tributaria<sup>239</sup>. De hecho, en el año 1995 la IFA junto con la OECD organizaron un seminario para discutir la tributación de los dividendos a la luz de los sistemas de integración del impuesto de sociedades, y de la discusión se puede observar que el artículo 10 MCOCDE como regla de reparto de la potestad tributaria entre los estados contratantes

---

<sup>237</sup> VOGEL 1995: p. 1-3

<sup>238</sup> AULT 1992: p. 566.

<sup>239</sup> Sobre la relación de los CDI y el sistema de doble tipo en el impuesto de sociedades o *split rate*: párr. 45-46, 60-61 al art. 10 MCOCDE; HARRIS 1996: p. 64-65; BARENFELD 2005: p. 102-103. La OCDE ha analizado si en los casos en que un Estado contratante tenga un sistema de doble tipo en el impuesto de sociedades valdría la pena cambiar las limitaciones previstas en el art. 10.2 del Modelo para el Estado de la fuente, en el sentido de permitir una mayor retención en el origen de los dividendos que compense la reducción de gravamen prevista para las utilidades de la sociedad que son distribuidas. Ello porque algunos Estados miembros han considerado que debería establecerse un *balancing tax*, de forma la fuente imponga un gravamen. A pesar de los referidos argumentos, el impuesto compensatorio no es adoptado por el CAF de la OCDE cuando el receptor es una persona física. Una explicación detallada acerca de la pérdida de reciprocidad por la aplicación del art. 10 y 23 del MCOCDE frente a los varios sistemas de imposición sociedad socio es descrita por DOENBERG 1995: p. 3-15. Para el autor, obviamente la reciprocidad puede perderse cuando uno de los estados aplica un sistema de integración y el otro un sistema clásico, pero también ello puede ocurrir cuando los dos estados tienen sistemas de integración distintos o cuando teniendo sistemas clásicos, presenten diferencias en la determinación del aspecto cuantitativo de la sociedad o en las rentas que constituyen dividendos. Sobre la relación entre los sistemas de integración que operan a nivel del socio (imputación) vid. párr. 48-56 y 66 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

resulta muy vulnerable a los cambios del impuesto de sociedades. Por ejemplo, un aumento del gravamen de la entidad distribidora de dividendos por parte de uno de los Estados contratantes significará una pérdida de reciprocidad del art. 10 del CDI que se supone fue negociado considerando la carga fiscal total del impuesto sobre los beneficios de la sociedad y sobre los dividendos de los socios. Así, dicha repartición está profundamente abierta a la legislación interna del Estado de residencia de la sociedad distribidora<sup>240</sup>. De ahí que DOENBERG y VAN RAAD sugieran que la carga fiscal total sea dividida en proporciones. Por ejemplo, éste último autor indica que si un Estado aumenta el IS, se vería requerido a disminuir la retención sobre los dividendos. Ello supondría entonces eliminar el paradigma consagrado en el apartado segundo del art. 10 según el cual las limitaciones al Estado de la fuente sólo afecta al gravamen de los dividendos y no a la tributación de la sociedad<sup>241</sup>.

En un importante estudio realizado por HARRIS en el año 2010 se comprueba que en los países del G20 más España, Países Bajos y Polonia (G20+3) las limitaciones del art. 10.2 MCOODE han perdido su relevancia, pues en el ámbito europeo la Directiva Matriz-Filial prohíbe cualquier retención en la fuente, en Brasil, India, Suráfrica y Reino Unido los dividendos como renta del accionista están exentos, mientras que en Australia solo se gravan cuando los beneficios no han sido completamente gravados. De forma particular en países como Argentina y México existen impuestos compensatorios como el recién mencionado de Australia, pero donde el contribuyente es la entidad pagadora. En 14 países del grupo los límites del art. 10.2 pueden tener alguna relevancia, pero se aprecia que en algunos casos las retenciones establecidas por el derecho interno no superan el porcentaje máximo autorizado en el CDI<sup>242</sup>. En definitiva, es evidente que los estados han pasado de entender que los dividendos son una renta independiente de los beneficios de la sociedad, a considerar que económicamente se trata de una misma materia imponible. En ese sentido, han amoldado sus pretensiones impositivas para que se encuadren dentro una fiscalidad internacional construida sobre una diferenciación formal entre imposición sobre los beneficios y sobre los dividendos.

---

<sup>240</sup> BRACEWELL-MILNES 1995, p. 71-82.

<sup>241</sup> VAN RAAD 1995: pp. 45-58; DOENBERG 1995: pp. 5-27.

<sup>242</sup> HARRIS 2010: p. 582.

## 2.2. LÍMITES AL ESTADO DE LA RESIDENCIA

Aunque puede llegar a considerarse innecesario, el art. 10.1 MCOCDE asigna el poder de gravar al Estado de residencia del perceptor del dividendo. Es evidente que dicha facultad va hasta donde lo prohíba el Convenio, por lo cual la ausencia del apartado primero, como ocurre en el Tratado suscrito entre España y Bolivia, no implicaría la restricción de la potestad impositiva de la residencia<sup>243</sup>. De todas formas, el apartado es relevante, puesto que exige que la entidad distribidora sea residente de un Estado contratante y realice un pago a un residente del otro Estado contratante, marcando así la exigencia de bilateralidad de la cláusula. Nótese que simplemente ha de concurrir la condición de residente en el beneficiario efectivo o receptor. La cuestión más discutida de este primer apartado es el significado de “pagados”, palabra utilizada para exigir la relación de bilateralidad y no para obstruir la aplicación del beneficio convencional. Bajo una interpretación estricta se exigiría entender el término según el Derecho privado. Sin embargo, resultaría ilógico restringir la definición de dividendos y los conceptos de renta del Derecho interno asumidos en los Convenios al mencionar a los impuestos comprendidos, a un término que tendría al menos dos significados: los del Derecho privado de los estados de la fuente y de la residencia. Metodológicamente resultaría también errado desembocar directamente en la legislación mercantil o civil de los Estados sin analizar previamente el contexto, la posible existencia de un lenguaje fiscal internacional y el significado tributario en la legislación doméstica<sup>244</sup>.

En efecto, el término tiene un significado alejado del Derecho privado, tal como lo indica el párr. 7 de los Comentarios al citado artículo 10, que entiende que no se requiere el pago en efectivo de la prestación, sino simplemente “poner los fondos a disposición del accionista en la forma prevista por el contrato o los usos”<sup>245</sup>. Es más, buena parte de la doctrina coincide en que el término tiene un contenido incluso más amplio que el descrito,

---

<sup>243</sup> RUIZ GARCÍA 2004: 525. El autor fundamenta la afirmación en K. VOGEL. *Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar. art. 10 Tz 28*. Esta idea es aceptada por la doctrina sin ambages, pues el artículo de eliminación de la doble imposición en la residencia admitiría que toda renta que pueda ser gravada en la fuente puede ser gravada también en la residencia. vid. HARRIS 2014: aptdo. 2.1.2.3.1

<sup>244</sup> Sobre el dudoso significado del “paid to” vid: HARRIS 2014: aptdo. 2.1.2.2.2.

<sup>245</sup> Así se posiciona la doctrina. RUIZ GARCÍA 2004: p. 578;

comprendiendo cualquier ventaja que califique como dividendos bajo el artículo 10.3 MCOCDE, pues no tendría sentido restringir a la definición<sup>246</sup>. En nuestra opinión, el término “pagados” utilizado el primer apartado del art. 10 ha de ser entendido en su sentido posible más amplio, pues su finalidad es limitar el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula de dividendos, pero no su ámbito objetivo. Una interpretación sistemática del Tratado exigiría que alcanzara a todos los ingresos que puedan ser considerados como renta según los impuestos comprendidos en art. 2 MCOCDE. Así, el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos puede definir en qué momento gravar los dividendos a los efectos de la tributación en ese Estado, y no estaría limitado por el Tratado, ni por la calificación que ese término obtenga en el Estado de la fuente. Por ejemplo, si en aplicación de la normativa de transparencia fiscal internacional una renta se atribuye a la entidad controlante, la renta será calificada como dividendos a efectos convencionales y se entenderá que, en relación con el apartado 1, el Estado de la residencia del perceptor puede gravarla. Ello, a pesar de que el Estado de la fuente de los dividendos estime que no han sido “pagados” al no haber distribución<sup>247</sup>. Nuestra conclusión se deriva de una interpretación muy amplia de los términos, coincide en su resultado con aquellos que sostienen que el término ha de atender a la *lex fori*<sup>248</sup>, pero se aleja de la propuesta como regla general por el *Partnership Report* de 1999 y defendida por DANON<sup>249</sup>.

El artículo 10 MCOCDE no se refiere a la forma en que el Estado de residencia deberá desgravar a los dividendos, ya que de hecho es del art. 23 MCOCDE de donde se deriva la obligación de eliminar la doble imposición internacional causada. El Modelo recomienda alternativamente el método de la exención y el de crédito fiscal en los artículos 23 A y 23 B, respectivamente, y cabe destacar que el Modelo ONU adopta estas mismas soluciones,

---

<sup>246</sup> VOGEL 1997: párr. 22, art. 10; HATTINGH 2009: p. 521; HELMINEN 2010: p. 146.

<sup>247</sup> Sobre esta discusión en la doctrina alemana: LANG 2003: p. 56; en relación con los dividendos constructivos o distribuciones encubiertas de beneficios a través de precios de transferencia se ha aceptado también ese significado amplio de la palabra “pagados”. vid. TEIXEIRA 2009: p. 462; WATTEL & MARRES 2003: p. 70. Para este último autor las rentas presuntas, en principio se califican como “otras rentas de acuerdo con el artículo 21 MCOCDE. Sin embargo, los casos de distribuciones ocultas de dividendos no son rentas presuntas propiamente.

<sup>248</sup> Interpretación que se encuentra en el trabajo de DANIELS 1991: p. 137-153;

<sup>249</sup> DANON 2004b: 315 y 364. Destaca este autor que hay dos contextos en relación con los *trust* el del derecho del *trust* y la legislación del Estado de la residencia como lo propone el *Partnership Report* en la regla general, pero que se exceptúa al mencionar el ejemplo 18. OECD 1999.

que en relación con los dividendos conceden el crédito directo. El art. 23 B del MCOCDE contiene un crédito fiscal aplicable de forma genérica para todas aquellas rentas que “de acuerdo con las disposiciones del... convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante...”. Ello no quiere decir que no se requiera calificar el elemento de renta como dividendos, pues si bien la disposición no se refiere a una categoría diferenciada, lo cierto es que para conceder el crédito se deberá analizar si el impuesto pagado en la fuente está de acuerdo con las disposiciones del Convenio, lo que supondría ver si la retención en la fuente ha sido correctamente limitada por el CDI y con ello, si se ha calificado fielmente la renta<sup>250</sup>. De esta forma se genera una falta de neutralidad en relación con los tipos de rentas sujetas a imposición compartida sin limitación en el Estado de la fuente, en especial, con los beneficios empresariales obtenidos mediante un EP en el otro Estado, puesto que el crédito directo permitirá eliminar toda la imposición que este último haya tenido en la fuente por sus beneficios, mientras que en el caso de las filiales solo se aceptará un crédito equivalente al impuesto que recaiga sobre los dividendos.

En el caso del art. 23 A resulta más evidente que se requiere calificar las rentas de acuerdo con los artículos 10 y 11 MCOCDE, pues el apartado segundo incluye una cláusula que pasa de la exención a un método de crédito ordinario cuando se trata de rendimientos con tributación limitada en la fuente<sup>251</sup>. Así, en aquellos CDI que incorporen el art. 23A del MCOCDE, los beneficios atribuidos a un EP serán objeto de exención en el Estado de la residencia, mientras que los dividendos derivados de la participación en una filial recibirán un crédito. Lo propio podría decirse de las rentas no sujetas en la fuente de forma limitada, como algunas las rentas laborales. Todo ello aumenta la importancia de la definición de dividendos, en la medida en que se crea un régimen fiscal dispar en el Estado de la residencia que puede ser objeto de arbitraje fiscal o de conflictos en la calificación de rentas. Dado que es posible que el Estado de la fuente y el de la residencia apliquen de forma asimétrica el Tratado, el apartado 4 del art. 23 A contiene una cláusula que permite a ésta última jurisdicción no aplicar la exención cuando la fuente interpreta que el CDI le

---

<sup>250</sup> párr. 24 art. 23 MCOCDE.

<sup>251</sup> párr. 47 y 48 art. 23 MCOCDE.

obliga a desgravar la renta mediante la exoneración o la aplicación de un gravamen limitado como el previsto en el art. 10 y 11 MCOCDE<sup>252</sup>.

Dadas las faltas de neutralidad que se crean entre los rendimientos obtenidos mediante un EP y una filial, en la práctica los Estados corrigen la doble imposición económica sociedad-socio en la residencia de la matriz, a través de medidas internas o convencionales para eliminar la doble imposición internacional<sup>253</sup>. En el Modelo OCDE sólo se elimina la doble imposición jurídica y nada se prevé en relación con la doble imposición económica sociedad-socio. Sin embargo, en los Comentarios se reconoce que el fenómeno de los impuestos en cascada de los dividendos puede afectar a las inversiones internacionales, por lo cual se proponen algunas soluciones, como el método de exención con progresividad, el crédito indirecto y la asimilación de los dividendos *inbound* a las rentas derivadas de una participación en una filial nacional (dividendos internos)<sup>254</sup>. De todas formas, no ha existido un acuerdo en la OCDE sobre si dichas medidas deben ser reguladas de forma libre por el

---

<sup>252</sup> Debe destacarse que la traducción del Modelo al español hecha por IEF del apartado 4 del art. 23 A es errada, al referirse a la obligación de exención del art. 1 y no al párr. 1 del artículo 23.

<sup>253</sup> Un ejemplo de método convencional de eliminación de la doble imposición económica es el previsto por MCEUA que junto al crédito fiscal ordinario, otorga un crédito indirecto para los dividendos cuando provengan de participaciones superiores al 10% de los derechos de voto (art. 23.2.b)) y sujeto a las condiciones previstas por el derecho interno. Así, el modelo del país norteamericano es más coherente en el tratamiento tributario de dos formas de operar en el exterior que son sucedáneas, el EP y las filiales. El país ibérico suele interesarse por eliminar la doble imposición económica internacional que soportan sus residentes por los dividendos recibidos –*inbound dividends*–, por lo cual, adopta métodos en los CDI que aplican como una obligación unilateral en algunos casos. Las más comunes son las cláusulas que junto al crédito ordinario, permiten un crédito subyacente o indirecto, o declaran exentos los dividendos bajo ciertos requisitos. En algunos CDI se requiere que se trate de dividendos inter-societarios, con una participación sustancial que varía y en algunos casos se exige un tiempo mínimo de participación de forma similar al art. 10.2.a) del MCOCDE. Entre otros: España-Bolivia 1998; España-Estados Unidos 2013; España-Grecia 2002; España-Colombia 2008 de forma bilateral. Así mismo, los dividendos pagados por sociedades españolas –*outbound dividends*– en algunos CDI suscritos por este país cuentan con medidas para eliminar la doble imposición internacional, como ocurre con los que incorporan un crédito subyacente por el impuesto pagado por la sociedad cuando se trate de una participación intersocietaria sustancial (10%). España-Australia 1992; España-China 1992; España-Barbados 2011; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Georgia 2002; España-Jamaica 2009; España-Irlanda, con la exigencia de un 25% de participación sustancial. De forma similar, los CDI de España con Alemania 2012 y Finlandia de 1992 permiten un régimen de exención de los dividendos cuando haya una participación sustancial (*participation exemption*) directa del 10% del capital de la entidad distribuidora.

<sup>254</sup> Los métodos de exención de dividendos y de crédito indirecto por lo general arrojan un resultado semejante en cuanto a la eliminación de la doble imposición, ya que suponen la adopción de un criterio de territorialidad en la medida en que el Estado de la residencia no gravará el remanente. Sin embargo, por una parte el método del crédito puede presentar dificultades para eliminar la doble imposición cuando hay conflictos de calificación de la renta, lo cual no necesariamente ocurre con el de exención. A la par, el método de exención puede causar fenómenos de doble imposición, mientras que el de crédito soluciona muchos de esos casos. AVERY JONES 2012: p. 76.



derecho interno o si deben incorporarse a los CDI, ni sobre los límites y requisitos para la procedencia de las mismas<sup>255</sup>. El proyecto BEPS en septiembre de 2014 incluso ha concluido que la exención a nivel convencional puede dar lugar a transacciones híbridas que permitan la erosión de las bases imponibles, por lo cual considera que la solución más completa consiste en incluir en los CDI sólo el método de crédito directo, y que la exención (u otros métodos) se regulen sólo por el derecho interno<sup>256</sup>. En buena medida la afirmación hecha en los documentos del proyecto BEPS encuentra sentido en el problema de la existencia de diferentes conceptos de dividendos aplicables a métodos internos y convencionales que pueden resultar siendo aplicables de forma simultánea, tal como se expone a continuación.

### **2.2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL MÉTODO INTERNO Y DEL MÉTODO CONVENCIONAL**

Resulta fundamental distinguir cuando se está aplicando el método convencional y cuándo se utiliza el método interno ya que, como se ha visto, las definiciones de dividendos en cada caso pueden ser distintas. Mientras que para los métodos convencionales el artículo equivalente al 10.3 del Modelo es aplicable, para los métodos internos opera la definición doméstica y sobre la cual se plantea todo el problema de reconocimiento de hechos regidos por una ley extranjera al que hemos hecho referencia. Por lo tanto, antes de ver qué significa dividendos en los CDI, es importante preguntarse cuándo resulta relevante ese significado para el Estado de la residencia. En resumen, y anticipando la conclusión, lo será cuando interese completar el presupuesto de hecho del método convencional, cuestión que aunque parezca ser obvia ha dado lugar a un debate crucial para delimitar el alcance del objeto de la definición convencional de dividendos y por ello de la delimitación del objeto de ésta Tesis<sup>257</sup>.

Así, primero se debe determinar si la medida es unilateral o convencional. El Tratado no se aplica cuando el método está contenido en la legislación interna y el CDI no regula esa misma medida contra la doble imposición jurídica o económica, y por lo tanto, la definición

---

<sup>255</sup> párr. 49-54 art. 23 MCOCDE.

<sup>256</sup> OECD 2014: párr. 140.

<sup>257</sup> vid. AVERY JONES et al 1999: p. 103 y ss.

del art. 10.3 MCOEDE no es la norma que dota de significado al término dividendos usado en el presupuesto de hecho del método. El Estado de la residencia interpretará cada uno de los elementos de acuerdo con su legislación<sup>258</sup>. Ahora bien, todo método contenido en el Tratado es convencional aunque luego se complete con requisitos previstos por la medida interna. Puede ocurrir que el Convenio remita directamente a los métodos previstos por la Ley interna del Estado de la residencia del beneficiario, sin señalar ningún contenido propio<sup>259</sup>. En estos casos, el vínculo entre la definición prevista en el art. 10.3 del CDI respectivo y el método para eliminar la doble imposición parece lejano, puesto que se ha realizado una remisión total y en bloque sin marcar limitaciones convencionales. No obstante, podría argumentarse que el reparto del poder tributario se dio considerando el sistema de desgravación interno remitido y que el Convenio se sobrepone a éste, modificando las definiciones internas y exigiendo el respeto de las convencionales. Un caso menos difícil se presenta con los CDI que remiten al derecho interno de Estado de residencia del beneficiario, señalando que los dividendos *inbound* deben recibir el mismo tratamiento tributario de los dividendos internos<sup>260</sup>. En nuestra opinión, este último tipo de medidas mantiene un vínculo con la definición convencional de dividendos y la remisión

---

<sup>258</sup> MACHANCOSSES 2002: "...al observar la incidencia en la corrección unilateral por parte de España del fenómeno intersocietario, la calificación secundaria, en concreto la fase de interpretación, no vendrá presidida por el art. 10.3 del MOCDE a los efectos de la aplicación del 30 y 20 bis [eliminación de la doble imposición económica], aunque sí en la aplicación del artículo 29 LIS [eliminación de la doble imposición jurídica]." p. 114

<sup>259</sup> España suele incluir estas remisiones a sus métodos internos, pero las más de las veces aparecen de forma alternativa a los métodos convencionales. Nos referimos en este punto solo a la parte del artículo de eliminación de la doble imposición que remite al derecho interno. España-Albania 2011; España-Alemania 2012; España-Arabia Saudí 2008; España-Argentina 2013; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Chipre 2013; España-Colombia 2008; España-Costa Rica 2011; España-Croacia 2006; España-El Salvador 2009; España-Emiratos Árabes Unidos 2009; España-Georgia 2011; España-Hong Kong 2012; España-Jamaica 2009; España-Kazajstán 2011; España-Kuwait 2008; España-Nigeria 2009, aunque la alternativa se permite de forma bilateral. España-Nueva Zelanda 2006; España-Pakistán 2011; España-Panamá 2011; España-Reino Unido 20013 (En trámite de ratificación); España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Suiza 2013; España-Trinidad y Tobago 2009; España-Uruguay 2011. El CDI entre Chile y España, remite directamente a los métodos internos, al indicar que las "personas residentes en Chile que obtengan rentas que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, puedan someterse a imposición en España, podrán acreditar contra los impuestos chilenos correspondientes a esas rentas los impuestos aplicados en España, de acuerdo con las disposiciones aplicables de la legislación chilena. Este párrafo se aplicará a todas las rentas tratadas en este Convenio." De forma similar España-Chipre 2013.

<sup>260</sup> Por ejemplo, el Convenio entre España y Canadá de 1981 señala que cuando "las rentas de una sociedad residente de España comprendan dividendos recibidos de una sociedad residente del Canadá, la primera sociedad tendrá derecho a efectuar una deducción idéntica a la que procedería si las dos sociedades fueran residentes de España." De forma análoga: España-Rumania 1980; España-Suecia 1977. Suiza y España 2013.

debe ser calificada de parcial, al predicarse únicamente de la forma de desgravación y no de la determinación de las normas calificadoras o definitorias de los presupuestos de hecho.

También es posible que el método inicialmente convencional -por fijar ciertas características de la desgravación-, contenga remisiones a la legislación del Estado de la residencia bajo redacciones tales como: “sin perjuicio de las disposiciones” del país que aplica el método<sup>261</sup>; o, “la doble imposición se evitará, de acuerdo con “las disposiciones aplicables contenidas en la legislación” de un Estado, sin aclarar<sup>262</sup>, o aclarando, que ello siempre que no se “afecte los principios generales” del método convencional<sup>263</sup>. No obstante, estas frases no pueden ser leídas de forma selectiva, porque suelen aparecer junto a otras que suponen límites convencionales, como lo son: “con arreglo a las disposiciones del presente Convenio” o sin afectar “al principio general contenido en este apartado”<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> CDI España-Japón 1974: “De acuerdo con lo dispuesto en las leyes japonesas relativas a la imputación en el Japón de impuestos pagados en otro país distinto del Japón, el impuesto español debido por razón de las rentas obtenidas en España se deducirá del impuesto japonés correspondiente a tales rentas. Cuando tales rentas sean dividendos pagados por una sociedad residente de España a una sociedad residente del Japón que posea, al menos, el 25 por 100, ya sea de las acciones con derecho a voto, ya sea del total de las acciones emitidas por la sociedad que paga los dividendos, se tendrá en cuenta para hacerle la imputación el impuesto español debido por las rentas de la sociedad primeramente mencionada.” Otros CDI similares: España-Singapur 2012; España-Suecia 1977. España-Portugal 1995; España-Malasia 2008 solo se refiere a los dividendos e indica “Con sujeción a la legislación de Malasia relativa a la posibilidad de deducir...”<sup>1</sup>. el CDI entre España y Albania de 2011, al establecer que si un residente español es gravado en Albania de acuerdo con “las disposiciones del CDI”, España permitirá la deducción del IS “efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos, correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con la legislación interna de España”. España-Albania 2011; España-Alemania 2008; España-Arabia Saudí 2008; España-Argentina 1994 y 2013; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Corea 1994; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Georgia 2011; España-Irán 2006. La misma idea resulta aplicable a los CDI de España con Colombia, Costa Rica y Nigeria de 2008, 2011 y 2009, respectivamente, aunque estos incluyan la regla de forma bilateral indicando textualmente que “la deducción o descuento del impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con su legislación interna.”. Otros CDI incorporan el condicionante de forma genérica a todos los apartados referentes a España, como los Convenios de España con Eslovenia de 2002 y Estonia 2005, dicen “con arreglo a las disposiciones, y sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la legislación española.”.

<sup>262</sup> España-Israel 2001.

<sup>263</sup> Por ejemplo: “las disposiciones contenidas en el Derecho de Jamaica relativas a la posibilidad de deducir del impuesto jamaicano los impuestos pagados en España 15 (sin que afecte a sus principios generales)...” Otros ejemplos España-México 1994; España-Portugal 1995; España-Trinidad y Tobago 2009; España-Reino Unido 2013: “De conformidad con las disposiciones contenidas en la legislación del Reino Unido relativas a la posibilidad de deducir del impuesto británico los impuestos debidos en un territorio fuera del Reino Unido o, cuando corresponda, relativas a la exención del impuesto británico de un dividendo o de los beneficios de un establecimiento permanente procedentes de un territorio fuera del Reino Unido (sin que afecte los principios generales de este artículo)”.

<sup>264</sup> España-Israel de 2001. La misma idea en: España-Noruega 2001; España-Rusia 2000;

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

“En España, **la doble imposición se evitará bien de conformidad con las disposiciones de su legislación interna** o de acuerdo con las siguientes disposiciones, *de conformidad con la legislación interna española*:

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

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

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

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

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

La parte en negrilla contiene la aceptación expresa de los métodos internos de eliminación de la doble imposición internacional previstos por la Ley interna española, y opera de forma alternativa a los demás métodos que se incorporen en el Tratado. Esta práctica del Estado ibérico es muy frecuente en los CDI suscritos en el nuevo milenio. Como regla general esto no implica ninguna novedad, ya que la medida bilateral opera solo en los casos en que la norma interna no soluciona la doble imposición. El Estado de residencia al aplicar la medida unilateral realiza una *calificación primaria* que comprende una fase de interpretación donde se establece la norma o fuente calificadora, lo cual requiere interpretar los términos, y una fase de calificación que es la subsunción del hecho en la categoría jurídica. Cuando la doble imposición no es atenuada y resulta de aplicación un CDI, el Estado de residencia debe realizar una *calificación secundaria* que comprende las mismas fases, de forma que también hay que fijar una norma o fuente calificadora, que en el caso

de los dividendos es el art. 10.3 del CDI<sup>265</sup>. Por lo general, las consecuencias jurídicas asignadas a la calificación secundaria tienen una aplicación preferente sobre la primaria, de manera que el Tratado limitará al método interno en lo que lo contradiga. En definitiva, el significado de dividendos interno, sin perjuicio de las dudas que hemos señalado, operaría para el método doméstico, al constituir una remisión total. Por su parte, el significado del art. 10.3 del CDI aplicaría para los métodos convencionales cuando, dentro de su alcance, se busque atenuar la sobreimposición no resuelta.

En relación al método convencional, es notorio que mientras que las partes en cursiva implican una remisión al derecho interno, la subrayada supone límites convencionales. Esa redacción tampoco supone grandes diferencias con el MCOCDE, puesto que los CDI no regulan al detalle el método y sólo imponen límites, de manera que la legislación interna, que si suele hacerlo, simplemente se restringe para no contradecir el Tratado cuando el mismo sea aplicable. En otras palabras, el método interno complementa al convencional. Por ello, puede parecer redundante la afirmación que se hace en algunos convenios de que el derecho interno aplica siempre que no se “contradigan los principios generales establecidos en” la norma de eliminación de la doble imposición del Tratado (art. 23 MOCDE o equivalente).

La parte subrayada del artículo citado se refiere textualmente al método convencional, y debe tenerse en cuenta que la única forma de determinar si la imposición se dio de acuerdo con el CDI es a través de calificar la renta, para lo cual, el art. 10.3 MC resulta ser la norma que contiene la definición de dividendos y el art. 3.1 MC de sociedad. Así, la remisión a la legislación del Estado de residencia para aplicar el método para eliminar la doble imposición no es extensible a las definiciones de los términos “dividendos” y “sociedad” utilizados en el Tratado. Las remisiones a la legislación del Estado de la residencia, como lo ha puesto de presente MACHANCOSES “se realizan a los meros efectos técnicos de corrección... [y] no constituyen una regla de interpretación específica sobre los dividendos, de aplicación preferente al artículo 10 del CDI...” Lo contrario significaría que la doble

---

<sup>265</sup> Sobre esto vid. MACHANCOSES 2002. Las ideas de esta autora en el citado trabajo son resumidas en MACHANCOSES 2012: p. 813-827.

imposición que pretende eliminar el CDI podría no ser corregida si los estados utilizan distintas normas calificadoras (i.e. el Estado de la fuente el art. 10.3 y el de la residencia su legislación interna), lo que implicaría aceptar que “los efectos sean los mismos que la ausencia de CDI”<sup>266</sup>.

### 2.2.2. EL ART. 10.3 MCOCDE Y EL MÉTODO BILATERAL

Visto que la norma que define dividendos en la calificación secundaria es de carácter convencional-al contenerse en el artículo 10.3 MCOCDE- deben analizarse algunos supuestos donde podría ser dudoso. Cuando el artículo de eliminación de la doble imposición, como el 23A MCOCDE, hace referencia expresamente a las “rentas que de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10 y 11, pueden someterse a imposición” en el Estado de la fuente, es evidente que la definición convencional es determinante, pues para que dichas rentas recibiesen la imposición conforme al artículo 10 debieron haber sido calificadas como dividendos. Incluso, cuando el método es genérico a todas rentas como sucede con el art. 23B MCOCDE, es común que en su redacción señale que “cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas... que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante...” Bajo este último texto es posible usar el mismo argumento y llegar a la misma conclusión de que la norma de calificación de los dividendos es el art. 10.3 tanto para el Estado de la fuente como para el de la residencia<sup>267</sup>.

De este modo, en aquellos casos en que la norma de eliminación de la doble imposición se refiera a los elementos de renta por remisión al precepto del Convenio<sup>268</sup>, incluso si se

---

<sup>266</sup> MACHANCOSES 2002: p. 138-141.

<sup>267</sup> La misma conclusión en: MACHANCOSES 2002: p. 138 y ss.

<sup>268</sup> Se refieren a las rentas gravadas de conformidad con el CDI, determinando la norma de distribución del Tratado por el artículo, pero remiten al derecho interno. Por ejemplo: España y Filipinas de 1994; España y México 1994; España y República Checa 1981; España-Finlandia 1968; España-Hungría 1987; España-Francia 1977; España-Japón 1974, España-Países Bajos 1972; España-Polonia 1982; España con Turquía 2004 que contiene el crédito subyacente con la referencia genérica a “los dividendos” e incluye la remisión a la legislación interna de la residencia, y al tiempo establece una exención que opera en ciertas condiciones y se refiere a los dividendos tratados en el apartado 2 y 4 del artículo 10. Así por ejemplo, el de España con Luxemburgo indica que cuando “un residente de Luxemburgo obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10, 11 y 12 pueden someterse a imposición en España, Luxemburgo deducirá del impuesto sobre las rentas de este residente una cantidad igual al impuesto pagado en España.” Esta última

incorpora además la descripción, los conceptos internos de dividendos no son una norma aplicable para definir los términos, y resultará violatorio del CDI (*treaty override*) que el Estado de la residencia los use<sup>269</sup>. Eso será incluso más claro cuando los CDI expresamente designan la norma calificadora de la palabra dividendos, como el CDI entre España y Bélgica de 2003 que señala que los “dividendos” a efectos de aplicar el método para eliminar la Doble Imposición, deben ser entendidos de acuerdo a la definición del art. 10.3<sup>270</sup>. Ello no quiere decir que el Estado de la residencia no pueda disentir de la calificación de la renta hecha por el Estado de la fuente en la medida en que se soporte en el art. 10.3 MCOUDE y no en su norma interna. Podrá alegar entonces que el Estado de la fuente ha interpretado de forma errónea dicho artículo, pues por ejemplo, se ha desconocido el significado autónomo de dividendos, o incluso porque encuentre un error en la comparación entre el régimen de las acciones y los CDI<sup>271</sup>.

---

regla se encuentra en otros CDI como España-Marruecos 1985; de forma similar España-Países Bajos 1972, España-Polonia 1982. Esta relación entre los artículos se hace más clara en el CDI entre España y Austria de 1995 que indica que los “dividendos, a los que hace referencia el párrafo 2, subapartado (a) del artículo 10, pagados por una sociedad residente de España a una sociedad residente de Austria estarán, de conformidad con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación austriaca, exentos del impuesto austriaco.” Se observa cómo se hace un vínculo entre los dividendos derivados de una inversión directa o participación sustancial según se entiende en el art. 10.2.a) con el otorgamiento de la exención, lo cual no es usual. El CDI entre España y Bélgica con una idea similar al austriaco indica que “c) Los dividendos de acuerdo con el artículo 10 párrafo 3, que una sociedad residente de Bélgica reciba de una sociedad residente de España, y que están sometidos en España al régimen previsto en el artículo 10 párrafo 2, están exentos del impuesto de sociedades en Bélgica, en las condiciones y límites previstas por la legislación belga.” Del mismo modo, aquellos CDI con cláusulas de tax sparing suelen también hacer un link entre la calificación de la renta de acuerdo con el art. 10 y la procedencia de la deducción presunta en la cuota. p. ej. España-Cuba 2001 “4. Cuando un residente de España obtenga rentas de las mencionadas en los artículos 7, 10, 11 y 12 del presente Convenio que, de acuerdo con las disposiciones del mismo, puedan someterse a imposición en Cuba, España permitirá la deducción de la cuota del impuesto, como crédito fiscal, del importe que hubiera debido pagarse en Cuba por un impuesto similar en igual período fiscal de no haberse concedido exenciones, bonificaciones, deducciones u otras modalidades de desgravación o reducción por un tiempo determinado conforme a la legislación cubana vigente en materia fiscal para la promoción de las inversiones extranjeras y con fines de desarrollo económico.”

<sup>269</sup> AVERY JONES et al 1996: p. 126-136.

<sup>270</sup> “b) Cuando se trate de dividendos de acuerdo con el artículo 10, párrafo 3, pagados por una sociedad residente de Bélgica a una sociedad residente de España y que se detente una participación directa de, al menos, el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos, España permitirá, además de la deducción prevista en el apartado a) anterior, la deducción, con las condiciones y límites previstos por su legislación interna, de la parte del impuesto pagado efectivamente por la sociedad pagadora que corresponda a los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos.”

<sup>271</sup> AVERY JONES (1996, p. 135) llega a una conclusión parcialmente similar al afirmar “If the question whether something is income which, in accordance with the provisions of article y, may be taxed in the other Contracting State is not one which requires the residence state to apply Article 3(2), it is reasonably clear that on the ordinary meaning of the words of the treaty the residence state should not apply its own meaning of income of type z but rather should accept the source state’s decision for the sole purpose of giving credit so long as the source state’s characterization is otherwise in accordance with the treaty, for example that its thin

Es interesante destacar que la mayoría de los estados establecen el crédito fiscal como método interno para eliminar la doble imposición jurídica, salvo casos como Francia, Países Bajos, Rusia y Arabia Saudita donde no se prevé, o Brasil donde se limita a que haya reciprocidad<sup>272</sup>. En aquellos países que ya prevén la medida interna, el art. 23 de los CDI no tiene un mayor protagonismo, lo que no quiere decir que los tratados sean irrelevantes como lo ha dicho algún autor<sup>273</sup>. El CDI puede suponer restricciones en torno a los conceptos utilizados para eliminar la doble imposición, ya que si un mismo método es previsto por la ley interna y por el Tratado, los conceptos de éste último han de prevalecer para eliminar la doble imposición<sup>274</sup>. Por el contrario, en los países que no contienen dicha medida unilateral, el método previsto en el CDI resulta claramente relevante y sus definiciones también.

Si el artículo de eliminación de la doble imposición se refiere de forma genérica a los “dividendos”, sin hacer mención al artículo 10, ni señalar la norma que define la renta<sup>275</sup>, podría entenderse erróneamente que el término debe ser interpretado conforme a la legislación del Estado de la residencia, por no ser definido en el Tratado y por ser aplicado por esa misma jurisdicción, tal como parece derivarse del el art. 3.2 del Modelo<sup>276</sup>. Incluso, podría indicarse que el método para eliminar la doble imposición económica convencional requiere definir dividendos conforme a la ley del Estado de la residencia porque el vínculo lógico entre la retención en la fuente limitada por el CDI y el crédito directo es mucho más

---

capitalization rule conforms to the arm’s length principle.” Aunque concordamos con el citado autor en que el Estado de la residencia no debe atender a su concepto interno, en nuestra opinión no existe una norma que obligue a aceptar la decisión del Estado de la fuente. Así lo hemos puesto de presente en oportunidades anteriores, destacando que el art. 3.2 MCOCDE exige que los conceptos a nivel del Tratado sean interpretados autónomamente y, a menos que no sean definidos en los tratados, pueden ser completados con la legislación interna de uno sólo de los Estados contratantes, del que aplica en primer lugar, de manera que el otro Estado no podrá alegar su propia definición. vid. con la bibliografía ahí citada: CASTRO 2012.

<sup>272</sup> HARRIS 2010: p. 583.

<sup>273</sup> Se ha afirmado que los CDI son irrelevantes cuanto los países tienen el crédito fiscal como método interno. Considerando que la mayoría de los países prevén dicha medida unilateral, los CDI serían irrelevantes por regla general. vid. HARRIS 2010: p. 583.

<sup>274</sup> MACHANCOSSES 2002: p. 114.

<sup>275</sup> España-Japón 1974; España-Israel 2001; España-México 1994; España-Portugal 1995; España-Reino Unido 2013; España-Trinidad y Tobago 2009.

<sup>276</sup> Argumentando esa idea: AVERY JONES et al: p. 125.



claro que el que pueda existir entre los impuestos de la sociedad pagados en un Estado, y el crédito indirecto que otorgue el otro<sup>277</sup>.

La mera mención de la palabra “dividendos” en el método sin referir al artículo respectivo del Tratado no es común a nivel internacional, pero suele aparecer en convenios que contienen algún método para eliminar la doble imposición económica<sup>278</sup>. Es precisamente respecto de éstos tratados donde se presenta la mayor controversia en torno a si dicho concepto debe ser definido de acuerdo con el art. 10.3 o con la legislación del Estado de residencia. El *International Tax Group* afirmó en 1996 que:

“en el caso de referencias a una categoría de renta por medio de la descripción del tipo [i.e. dividendos], parece que, en general, el Estado de residencia debería usar su propio significado. Habrá excepciones como los tres ejemplos de los Comentarios tomados del Informe de Subcapitalización, donde el contexto sugiere una interpretación diferente. Una excepción adicional es el caso de los ejemplos alemanes en el apartado IV.C.1. en los cuales la imposición en el Estado de la fuente debe estar de acuerdo con el Convenio, como quiera que el contexto enfáticamente indica o requiere que la caracterización del Estado de residencia no sea usada.”<sup>279</sup>

Esta misma idea es repetida por los autores en 1999 a la luz del caso *Memec vs. IRC*<sup>280</sup>. El fundamento de tal conclusión se encuentra en el artículo 3.2 MCOCDE. Así, teniendo en cuenta que los dividendos son enunciados por el artículo de eliminación de la doble imposición previsto en el Tratado y, considerando que es el Estado de residencia quien aplica dicha norma, el concepto de dividendo previsto por la legislación interna de dicha jurisdicción debe ser usado. Debe destacarse que este argumento se matiza a que el contexto no sugiera lo contrario, aunque parece ser bastante restrictivo respecto de los casos en que el mismo pueda existir.

---

<sup>277</sup> Dudas que se plasman en afirmaciones como “our conclusion was that the definition in the dividend article did not apply to underlying credit provisions and other similar provision” hecha por AVERY JONES et al 1999: p. 103, en referencia a AVERY JONES et al 1996: p. 145. Sin embargo, en este último trabajo no dice precisamente lo mismo y en las conclusiones sugiere que todo depende de si el método es bilateral o interno, y respecto de los primeros habrá que atender si la renta se especifica indicando el artículo, el artículo y la descripción o la mera descripción.

<sup>278</sup> AVERY JONES et al 1996: p. 136 y ss. nota 181.

<sup>279</sup> AVERY JONES et al 1996: p. 140

<sup>280</sup> AVERY JONES et al 1999: p. 106-107

No obstante, a nuestro juicio los CDI deben ser interpretados autónomamente y, solo por excepción es posible remitirse a una de las legislaciones internas. Así, toda vez que un CDI utilice un término y no lo defina expresamente en las definiciones generales del Tratado (*art. 3, 4, 5*), o en las definiciones especiales (*art. 10.3*) habrá que revisar el contexto para buscar un significado autónomo. Los dividendos se definen en el propio CDI, de manera que no es necesario ni ir al contexto, ni remitirse al derecho interno para darle significado a dicho término cuando es utilizado en artículos del CDI distintos al 10, en especial, cuando se trate del método de eliminación de la doble imposición que, como es bien sabido, es la forma de completar el reparto de la potestad tributaria iniciado en el *art. 10.1 MCOEDE*. Es por ello que el contexto del *art. 23* de los CDI exige atenerse al reparto de rentas hecho conceptualmente a través de las definiciones convencionales.

Las conclusiones del citado grupo de autores no parecen adecuarse a una correcta interpretación de los Tratados, puesto que toda vez que el CDI prevea la eliminación o atenuación de la doble imposición económica o jurídica, se tratará de una medida bilateral que funciona limitando a los derechos internos incluyendo las normas definitorias de las rentas (i.e. *art. 10.3 MCOEDE*)<sup>281</sup>. Además, cuando se elimina la doble imposición económica en el Convenio, el reparto del poder tributario comprende los beneficios de la entidad distribuidora y las rentas de sus socios. Dicho reparto solo pudo haberse hecho sobre la base de un entendimiento común de los términos sociedad y dividendos, que se presume será el incorporado en los artículos 3.1 y 10.3 del Tratado respectivo, salvo que expresamente se haya remitido a los conceptos del Estado de la residencia<sup>282</sup>. Eso es más

---

<sup>281</sup> MACHANCOSES 2002. La autora a lo largo de su obra clasifica los CDI entre aquellos que tienen una tributación compartida como los basados en el MOCDE y MCONU y los que suponen una tributación exclusiva en la fuente pues la residencia debe aplicar medidas para eliminar la doble imposición económica. Esta clasificación no parece apropiada toda vez que desde el punto teórico siempre es posible que el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos grave la renta a pesar de conceder la desgravación de la doble imposición económica y jurídica. Por ejemplo, cuando el tipo impositivo en la residencia supera el aplicado a los beneficios y a los dividendos, o cuando se prevé la exención con progresividad. Por ello parece más apropiado distinguir entre aquellos CDI que contienen medidas para eliminar la doble imposición económica y los que no.

<sup>282</sup> MACHANCOSES 2002. La autora a lo largo de su obra clasifica los CDI entre aquellos que tienen una tributación compartida como los basados en el MOCDE y MCONU y los que suponen una tributación exclusiva en la fuente pues la residencia debe aplicar medidas para eliminar la doble imposición económica. Esta clasificación no parece apropiada toda vez que desde el punto teórico siempre es posible que el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos grave la renta a pesar de conceder la desgravación de la doble imposición económica y jurídica. Por ejemplo, cuando el tipo impositivo en la residencia supera el aplicado a

claro aún en otros CDI que mantienen una mayor autonomía del método de eliminación de la doble imposición<sup>283</sup>. Además, los métodos convencionales proceden cuando “de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio” las rentas puedan someterse a imposición en el otro Estado. Cómo hemos dicho, esa frase requiere calificar la renta, con lo que el art. 10.3 MC resulta ser la norma que contiene la definición de dividendos y el art. 3.1 MC la de sociedad<sup>284</sup>.

En el caso *Memec PLC vs. Inland Revenue Commissioner (IRC)*<sup>285</sup> se plantea, entre otros problemas que analizaremos posteriormente, la cuestión de si la definición de la palabra dividendos contenida en el art. VI (4) (norma de reparto concerniente a los dividendos), que expresamente comprende a los pagos hechos por una *silent partnership* a sus partícipes, debe servir para definir la palabra dividendos a la que hace mención el art. XVIII cuando fija el método para eliminar la doble imposición económica. La cuestión se presentaba porque la Administración Tributaria (el IRC) esgrimió que el texto de la definición de dividendos sólo se aplica respecto del art. XI al señalar, de forma semejante al MCOCDE, que el término dividendos “as used in this Article” tiene ese significado. Además, porque de acuerdo con el art. III (3) (equivalente al 3.2 MCOCDE) la definición interna de dividendos resultaba aplicable según el contexto.

*Memec PLC*, por su parte, argumentó que en el Derecho interno inglés no existía una definición clara de dividendos y que la definición prevista en la norma de reparto es contexto para aplicar el artículo de eliminación de la doble imposición. El juez de primera instancia entendió que si el propósito de los CDI es eliminar la doble imposición internacional, debería haber simetría entre las normas de reparto y las de eliminación de la doble imposición. Por su parte, la Corte de Apelaciones indicó que si dicha

---

los beneficios y a los dividendos, o cuando se prevé la exención con progresividad. Por ello parece más apropiado distinguir entre aquellos CDI que contienen medidas para eliminar la doble imposición económica y los que no.

<sup>283</sup> España-Australia 1992, respecto de España este Tratado no hace ninguna restricción expresa a que se ajuste a las limitaciones de la ley interna y se refiere genéricamente a los dividendos sin determinar el artículo. En igual sentido, pero respecto de ambos estados contratantes, el CDI de España y Brasil que contiene un método de exención por los dividendos obtenidos en el otro Estado.

<sup>284</sup> MACHANCOSES 2002: p. 138-141.

<sup>285</sup> Reino Unido, *Memec Plc v Inland Revenue, Court of Appeal - Civil Division*, Junio 09, 1998, [1998] EWCA Civ 941, STC, 1336, 1996. VLEX GLOBAL.

correspondencia habría sido querida por las partes, la definición de dividendos aparecería en las definiciones generales del Tratado. Además, argumenta que el Protocolo de 1970 al Tratado entre Alemania y Reino Unido modificó la definición de dividendos al tiempo que sustituyó el método para eliminar la doble imposición, lo cual haría patente que los redactores tenían en cuenta la existencia de dicha definición y no quisieron que el método se refiriera expresamente a ella, por lo cual la intención sería la aplicación del art. II.3 (equivalente al 3.2 MCOCDE) y por esa vía del derecho interno inglés<sup>286</sup>.

Así las cosas, el alcance de la frase “en el sentido de este artículo/as used in this article/employé dans le present article/Der in diesem Artikel” utilizada por el art. 10.3 MCOCDE al definir dividendos, según la Sentencia del caso *Memec*, confina la definición a los límites impuestos por el Tratado al Estado de la fuente, al menos en los casos en que el artículo 23 hace referencia solo a los dividendos, sin indicar el respectivo artículo convencional<sup>287</sup>. En nuestra opinión este argumento no es coherente ni convincente por las siguientes razones:

-En primer lugar, la norma no está indicando que “solo” o “únicamente” se define dividendos para el Estado de la fuente, sino que por el contrario quiere significar que el reparto hecho por los apartados primero y segundo del artículo 10 parte de la base de una definición común. Considerando que el reparto de la potestad tributaria se basa en definiciones, y que el CDI tiene como objeto precisamente dicha potestad, no puede condenarse al apartado tercero del artículo 10 a los límites que se predicán del Estado de la fuente, pues el reparto se hace respecto de los dos estados contratantes con obligaciones para cada uno de ellos.

-En segundo lugar, siguiendo la literalidad del artículo 10, que incluye al apartado primero, la imposición en la residencia se regula y como vimos, abre un puente con el artículo de eliminación de la doble imposición. Ello se comprueba en la historia de los trabajos del WP12, que en la “Aide-Memoire” -donde ya aparece la frase “en el sentido de este artículo”- el artículo de dividendos contenía una referencia expresa a la medida para evitar la doble imposición convencional que posteriormente fue

---

<sup>286</sup> Textualmente se indicó “It is far from obvious that the UK would have wanted or intended, or that Germany would have insisted, that the share of profits of a German silent partnership should be treated as a dividend for UK tax purposes.” AKIN (s/a): p. 4-6

<sup>287</sup> La discusión potenciada por la interpretación literal aplicada en el caso *Memec* en el Reino Unido, según la cual dicha frase significa conminar la definición del art. 10.3 a dicho artículo, es criticada por MACHANCOSES 2002, p. 154 y ss. y AVERY JONES et al 1999, p. 108.

trasladada al hoy artículo 23<sup>288</sup>. De tal forma, históricamente es posible justificar que la definición de dividendos fue diseñada para afectar tanto a la imposición en la fuente como a la residencia, siempre que el CDI resulte de aplicación.

-En tercer lugar, en algunos CDI la reducción de la retención en la fuente prevista en el art. 10.2 para inversiones directas suele redactarse de forma simétrica con el artículo de eliminación de la doble imposición económica al requerirse los mismos porcentajes, marcando un vínculo que denota la unicidad de conceptos adaptados para la distribución de la potestad tributaria y la eliminación de la doble imposición. De hecho, en el caso *Memec* el juzgador olvida reconocer que tanto el artículo equivalente al 10.2.a) como el que contiene el crédito indirecto se refieren al 30% de participación<sup>289</sup>.

Desde el punto de vista de política fiscal la simetría en la calificación de las rentas es deseable. El *International Tax Group* destaca que la reducción de la retención en la fuente sobre los dividendos provenientes de inversiones directas y la exención o crédito indirecto en la residencia se aplique en las mismas circunstancias con el objeto de eliminar la diferencia de tratamiento entre operar a través de una filial y de un EP. Bajo esta idea el uso de la definición del art. 10.3 en ambos casos parece justificarse, aunque los autores, como ya lo dijimos, concluyen que jurídicamente lo procedente es acudir al Estado de la residencia<sup>290</sup>. En nuestra opinión, este argumento de política fiscal da soporte a la idea de que cuando los estados pactan una norma de eliminación de la doble imposición económica refiriéndose a los dividendos sin indicar el artículo del Tratado, implícitamente se están basando en los conceptos comunes que ya se han construido en las normas de reparto, a menos que expresamente digan lo contrario.

-Finalmente, *International Tax Group* pretende argumentar que el Comentario 54 al art. 23 MCOUDE y el Informe de Subcapitalización de 1987 dan sustento a la idea de que el art. 10.3 no aplica para definir dividendos en aquellos créditos indirectos previstos por el CDI no que mencionan el número de artículo<sup>291</sup>. Debe destacarse que el citado Comentario hace énfasis en que los estados son libres de fijar los límites y modalidades en que las medidas para eliminar la doble imposición económica se apliquen, como por ejemplo la “definición y duración mínima de la tenencia de la participación, proporción de los dividendos que se estimen absorbidos por los gastos administrativos o financieros....” Como se aprecia, la definición a la que se refiere el Comentario es la de participaciones sociales y no de los dividendos, como lo pretenden los autores. Además, desconoce que el Comentario se dirige a “los estados” y no a uno sólo de ellos, idea que se hace más clara al utilizar el verbo “fijar los

---

<sup>288</sup> El proyecto señaló: “(3) The Contracting State of which the recipient of the dividends is a resident shall, in the manner prescribed by the Article concerning the methods of avoiding double taxation, take into account the tax levied in accordance with paragraph (2) in the State of which the company paying the dividends is a resident. FC/WP12(60)2 (30/4/1960) 3).

<sup>289</sup> Este argumento es usado por AVERY JONES et al 1999: p. 105.

<sup>290</sup> AVERY JONES et al 1999: p. 105.

<sup>291</sup> AVERY JONES et al 1999: p. 106.

límites”, que se predica de la normativa de la que se viene hablando -que son los convenios (párr. 52) y no del derecho interno-. En otras palabras, que si un CDI pacta un método para eliminar la doble imposición económica los estados pueden pactar límites y definiciones, pero en ningún punto se refiere a que se deba acudir al derecho interno para definir dividendos unilateralmente. En segundo lugar, el mencionado Informe destaca en el párr. 65<sup>292</sup> el problema del que hemos venido hablando en este apartado y eso no agrega nada a la discusión, pero los autores olvidan detallar el párr. 86(b) que propende por buscar una solución, así sea por vía del procedimiento amistoso<sup>293</sup> y del cual se podría concluir que el citado documento, más que justificar la remisión al derecho interno, propende por la construcción de un concepto convencional a partir del art. 10.3 que se extendería, como corresponde, a las medidas para eliminar la doble imposición económica.

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

Recuérdese que bajo el MCOCDE el art. 10.4 no se excluye la definición de dividendos, y el art. 23 se refiere de forma genérica a las rentas que hayan sido gravadas de conformidad con los artículos 10 y 11. Bajo ese entendido, podría argumentarse que en aquellos tratados que siguen al MCOCDE, el método sería siempre el crédito fiscal para los dividendos sujetos a tributación limitada en la fuente (art. 10.2) o atribuidos a un EP (art. 10.4) incluso en aquellos casos en que se prevé el método de exención de forma genérica (art. 23 A). Sin

---

<sup>292</sup> OECD 1987a: párr. 65.

<sup>293</sup> OECD 1987a: párr. 86b.

embargo, dicha posición no parece razonable toda vez que el tratamiento tributario en la fuente ha sido el de un EP y no el de los dividendos. Además, carecería de lógica distinguir la forma en que la casa central elimina la doble imposición soportada por un EP en razón a la calificación de sus rentas, según sean las de los artículos 10 y 11 MCOCDE (crédito) y el resto (exención), siendo que, en cualquier caso, se permite una tributación de la renta depurada en el Estado de la fuente bajo las reglas del art. 7 del Modelo.

### **2.2.3. LA CONFUSIÓN ENTRE LOS MÉTODOS INTERNOS Y CONVENCIONALES**

Una vez sentadas las posiciones sobre el ámbito de aplicación de los métodos internos y convencionales, y de haber señalado que la definición de dividendos del art. 10.3 se aplica a estos últimos, es posible adentrarse en casos realmente difíciles que pondrá a prueba la coherencia de nuestra línea argumental. En efecto, AVERY JONES describe un supuesto donde el CDI prevé la eliminación de la doble imposición económica cuando la participación de la matriz sea del 25%, mientras que el derecho interno la concede cuando es del 10%<sup>294</sup>. En este caso, podría haber tres respuestas posibles:

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

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

- i) la definición de la residencia es más restrictiva que el convencional, o;
- ii) si la definición convencional es más restrictiva que la de la residencia.

Podría argumentarse que si la definición convencional es más amplia y se acepta la existencia de un principio o regla de no agravación o de un efecto negativo de los CDI, sería posible solicitar la aplicación del significado interno de dividendos o de sociedad para acceder al método para eliminar la doble imposición económica o jurídica previsto por la

---

<sup>294</sup> Si el supuesto fuera el contrario no habría mayores problemas puesto que el convenio supondría una limitación a la ley interna y por lo tanto se aplicaría el concepto convencional.

ley interna. Aunque buena parte de la doctrina ha argumentado que los CDI no pueden crear obligaciones, o al menos hacerlo sólo de forma excepcional bajo las tesis del efecto negativo de los tratados o del principio de no agravación<sup>295</sup>, lo cierto es que no existe sustento normativo internacional alguno para dicha conclusión y la práctica jurisprudencial es variopinta<sup>296</sup>. Como consecuencia, el principio de no agravación debe ser valorado en cada caso, y no parece apropiado hacer conclusiones genéricas. En todo caso, en línea de principio, no es necesario realizar una calificación secundaria cuando la norma interna elimina la doble imposición<sup>297</sup>. No se puede pretender integrar al Tratado una definición doméstica creada para una finalidad distinta y que contradiga los significados autónomos. Así, en nuestra opinión, los conceptos se aplican cuando se pretende construir la norma de calificación. De este modo, si lo que se va a aplicar es la norma interna sin límites del Tratado, los conceptos son los internos, mientras que si se va a aplicar el derecho interno con los límites convencionales, o el CDI directamente, los conceptos son los del acuerdo. Esta lógica nos llevaría a descartar la idea de la libre elección entre definiciones según sean más favorables y decantarnos por una perspectiva analítica de los preceptos que se están aplicando<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> GEST & TIXIER 1985: p. 66 y ss.; VOGEL 1997: p. 27-28; VAN RAAD 2002: p. 588 y ss.; SOL 2008: p. 569-580; ROCHA 2009: p. 119; HELMINEN 2010: p. 32.

<sup>296</sup> LANG 2010: núm. 46. “Ejemplo: los ingresos que están excluidos de la base de un CDI de imposición en Austria son, de acuerdo con una consulta administrativa, no sujetos en el sentido de la Sección 20 (2) del Estatuto de Impuesto de renta (Income Tax Act). Los gastos relacionados con la renta son, en consecuencia, no deducibles (...). En la medida en que los gastos están relacionados con rentas exentas, la responsabilidad tributaria de una persona es empeorada como consecuencia de que sin aplicar el CDI, los gastos serían deducibles. En tanto que los CDI son aplicados *ex officio*, en tal caso, el sujeto gravado debe aceptar la norma del CDI. A partir de los efectos limitantes de los CDI podría entenderse que la exención garantizada por los CDI sólo afecta positivamente los ingresos de forma que los CDI no podrían, en consecuencia, garantizarse por los CDI que solo se afecte a los ingresos, de tal forma los CDI no podrían prevenir pérdidas de fuente extranjera para compensar la base del contribuyente en el Estado de la residencia. Esta conclusión ha sido propuesta por las cortes en muchos Estados (ej. Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda y Suiza). De acuerdo con las cortes de otros Estados (Alemania), sin embargo, los CDI tienen efectos en los ingresos y gastos.” El MCEUA en el Art. 1.2 contiene expresamente el principio de no agravación, cuyos límites son estudiados por: AMERICAN LAW INSTITUTE 1992: p. 80-93. En España, existe como antecedente el artículo 342 del Reglamento del Impuesto de sociedades de 1982 y la Circular de la Dirección General de Impuestos Número 7/72, esta última permite que los convenios sean renunciables a instancia de parte puesto que se considera que los CDI conceden derechos. Además, mediante la Reglamentación de la Dirección General Tributaria de 18 de marzo de 1992 se indicó que en caso de intereses se podía aplicar la legislación interna o el CDI a elección del contribuyente. De manera más reciente se ha justificado el agravamiento de la situación de un contribuyente por la aplicación de un CDI como consecuencia de una regularización tributaria. CALDERÓN & MARTÍN 2010: p. 45-80.

<sup>297</sup> VOGEL 1997: p. 1178, no. 48; MACHANCOSES 2002: p. 119;

<sup>298</sup> En igual sentido MACHANCOSES 2002: p. 140-141.



Así, sería perfectamente lógico aplicar el concepto de dividendo convencional, al menos, a partir del porcentaje del Tratado siempre que sea necesaria la calificación secundaria. En otras palabras, en nuestra opinión se justifica la conclusión c) en el caso i), que para AVERY JONES es un resultado absurdo al suponer utilizar dos conceptos de dividendos al tiempo<sup>299</sup>. El citado autor comenta que en el Reino Unido los CDI requieren en el artículo de dividendos un 25% de participación para conceder la mínima reducción de la retención, mientras que en el crédito indirecto exigen un 10%, que es el mismo porcentaje previsto por la ley interna para la medida unilateral. Bajo ese marco el vínculo entre la norma de eliminación de la doble imposición del Tratado y el derecho interno británico es mucho mayor que el que pudiera existir con el artículo 10, de manera que la respuesta más acertada sería la b). Aunque este argumento pueda tener lógica común, se contradice con las reglas de interpretación de los tratados que obligan a buscar un significado autónomo antes de acudir al derecho interno<sup>300</sup>. Si los negociadores del mencionado país quisieran dejar completamente clara la remisión a las definiciones internas, deberían haberlo dicho expresamente en el Tratado. Ante dicha ausencia, la respuesta seguiría siendo la c).

Uno de los problemas de caso *Memec* referido atrás, fue precisamente determinar si la utilización del término “dividendos” que hacen las normas internas de eliminación de la doble imposición (Sec. 790(6) sobre el crédito subyacente pactado en el CDI y en la Sec. 801(1) sobre el crédito subyacente interno), incorporadas para dar cumplimiento al CDI, deben atender al concepto convencional o al interno. El juzgador entendió que ambas secciones se refieren a “dividendos” no en un sentido convencional, sino a efectos del derecho interno inglés. A tal efecto, encontró que el significado ordinario de dividendos es el siguiente: ““dividend” ... is a payment of a part of the profits for a period in respect of a share in a company (*Eso Petroleum Co. Ltd. v Ministry of Defence* [1990] Ch.163 at p. 165).” De tal forma, concluyó que el derecho de Plc’s a la participación en los beneficios no puede considerarse “dividendos”. Textualmente arguye: “To treat Plc's entitlement to a share of the profits of GmbH under the silent partnership as a dividend, when that payment

---

<sup>299</sup> AVERY JONES et al 1999: p. 106.

<sup>300</sup> En la misma línea MACHANCOSSES 2012: p. 826.

was unrelated to shares in GmbH and the partnership is not a company, would be inconsistent with the ordinary meaning of "dividend"”.

La crítica más importante que se puede hacer a esta sentencia es que “si los métodos internos están principalmente diseñados para dar efectos a los CDI, parece exageradamente restrictivo interpretarlos de forma más estrecha que en los tratados mismos.” O lo que es lo mismo, si la Sec. 790 tiene como objeto materializar las obligaciones del Tratado, el juzgador estaría oponiendo el derecho interno para no cumplir una obligación convencional, probablemente realizando con esto un *treaty override*<sup>301</sup>.

Para reforzar la idea que se ha planteado, vale la pena analizar el conocido caso de los *juros sobre o capital próprio* (JSCP) pagados por una sociedad brasileña a una matriz española desde la perspectiva del método para eliminar la doble imposición, sin perjuicio de que luego se profundice en la calificación como dividendos o intereses. En tal caso, los operadores jurídicos involucrados<sup>302</sup> han mezclado argumentos sobre la construcción de los conceptos “dividendos”, “participaciones en beneficios” y “sociedad” en el derecho mercantil, contable y fiscal brasileño, con las definiciones convencionales previstas en los CDI, sin preguntarse debidamente cual es la norma de eliminación de la doble imposición que se aplica, para luego indagar por los términos a calificar e interpretar.

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

“3. Cuando un residente de España obtenga dividendos que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en Brasil, España eximirá del Impuesto estos dividendos; pero para calcular el impuesto

---

<sup>301</sup> AKIN (s/a): p. 7

<sup>302</sup> Resolución del TEAC de 13 de abril de 2011, Vocalía Tercera, RG. 1202/10; 1202/10 y 1884/10, reiterada por la Resolución de 26 de abril de 2012, Vocalía Segunda, No. 00/4085/2010; SAN 712/2014, de 27 de febrero, Recurso 232/2011. vid. CALDERÓN 2012b.

correspondiente a las demás rentas de éste residente, puede aplicar el mismo tipo impositivo que correspondería si los dividendos citados no hubieran sido eximidos.”

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

Pero el error metodológico también se encuentra en la decisión del TEAC que, como correctamente apunta el profesor CALDERÓN, “en cierta medida fundamenta la inaplicación del método de exención del artículo 21 del TRLIS a partir del tratamiento fiscal de la renta en el ordenamiento brasileño carece de todo soporte legal, resultando contrario al referido precepto del TRLIS.”<sup>303</sup> Es decir que el TEAC posiblemente pretendía utilizar las definiciones destinados a repartir el poder tributario en el CDI-como son los términos dividendos e intereses- como normas de calificación del art. 21 del TRLIS. Además, bajo la falacia interpretativa de que así se había calificado a efectos de aplicar la retención en la fuente en Brasil bajo los límites previstos por el CDI, se concluye la denegación de la aplicación del artículo del 21 TRLIS.

Lo primero debe reconocerse que la calificación claramente sería la de intereses y no dividendos a efectos de eliminar la doble imposición jurídica de acuerdo con el artículo 23.2 del CDI que consagra una cláusula de *tax sparing*<sup>304</sup>, así como del 31 del TRLIS. La duda quedaría respecto de los métodos de exención previstos en el CDI y el TRLIS. Sin

---

<sup>303</sup> CALDERÓN 2012b: aptdo. 5.

<sup>304</sup> art. 23.2. “Para la deducción mencionada en el párrafo 1, el impuesto sobre los intereses y cánones se considerará siempre que ha sido pagado con las alícuotas del 20 y 25 por 100, respectivamente.”

entrar en la línea divisoria entre dividendos e intereses, pues no es el problema que ocupa en este momento, dígame por ahora que no se cumplen con los elementos de la definición de dividendos, en la medida en que el artículo de intereses contiene una remisión al derecho interno del Estado de la fuente, según la cual, el Estado de la residencia deberá seguir la calificación del primero<sup>305</sup>. A esta idea se sumaría el hecho de que el Informe de *Partnerships* de 1999 concluye que el Estado de la residencia ha de seguir la calificación del Estado de la fuente<sup>306</sup>. Suponiendo que este argumento se acoge y se descarta la aplicación del método de exención convencional, la siguiente pregunta sería si el método previsto en el artículo 21 del TRLIS es aplicable.

CALDERÓN llega al mismo resultado y entiende que se debe evaluar si se cumplen con los requisitos del artículo 21 del TRLIS y punto<sup>307</sup>. No obstante, aunque este autor reconoce en varias partes que el artículo 21 del TRLIS y 23 del Convenio España-Brasil son dos normas a aplicar distintas, con conceptos, requisitos y finalidades diferenciadas, no vemos que exponga la relación existente entre los diferentes métodos. Es cierto que concluye que tanto a nivel convencional, cómo respecto del art. 21 del TRLIS la renta es un dividendo, por lo cual al final daría lo mismo. Sin embargo, como hemos planteado, existe una duda grande de si a efectos de aplicar el artículo 23 del CDI habría que seguir la calificación hecha por el Estado de la fuente, en este caso Brasil, y por tanto conceder el crédito fiscal y no la exención, ya que el país suramericano calificó el rendimiento como intereses. Así que, parecería más razonable justificar directamente la aplicación del método interno y descartar así el convencional de plano, dejando diáfana la pregunta de fondo ¿que entender por “dividendos” y “participaciones en beneficios a efectos del art. 21 del TRLIS?

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 cae en el mismo error metodológico que venimos exponiendo, puesto que en sus siete considerandos concluye que los JSCP están exentos en España, sin que quede claro en virtud de que cuales

---

<sup>305</sup> Recuérdese que el art. 11.5 del CDI España-Brasil considera como intereses a “los rendimientos de la deuda pública, de los bonos u obligaciones, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en beneficios, y de los créditos de cualquier clase, así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo.”

<sup>306</sup> vid. párr. 32.6, 34-36 de los Comentarios al art. 23 MCOCDE:

<sup>307</sup> CALDERÓN 2012b.

conceptos<sup>308</sup>. Con esta mención, se puede extraer que el punto de partida para analizar el concepto de dividendo es la fijación de la norma que se va a aplicar, pues existen distintos conceptos de dividendos en la legislación fiscal y uno de ellos es el contenido en los CDI que tiene como único propósito distribuir la potestad fiscal de los estados contratantes. No con ello se puede negar que las reglas de interpretación previstas en el derecho interno puedan llegar a considerar un concepto convencional como el de dividendos, para aplicar normas internas como los métodos unilaterales. Es más, sería deseable tener simetría en la calificación, pues por ejemplo, si el Estado de la residencia aplica una norma interna para evitar la doble imposición, y no las previstas en el CDI, tendrá que definir dividendos y calificar una renta cuyos elementos característicos vienen determinados por la legislación mercantil y tributaria del otro Estado. En la medida en que no haya una definición interna de dividendos, a efectos de aplicar las normas domésticas, o habiéndola, esta no resulte adecuada para valorar un *hecho* ocurrido en el otro Estado, dicha calificación debe ser la que más se acerque a la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible internacional (vid. *art. 12 y 13 LGT*), lo cual podría llevar a ser observado de conformidad con los conceptos convencionales<sup>309</sup>. No obstante, siempre se podría alegar que el término usado por el derecho interno tiene una finalidad distinta al Convenio.

---

<sup>308</sup> Siguiendo el orden de la sentencia para tratar de averiguar la línea argumental y enfocar el problema, se resumen a continuación los Considerandos: 1) dados los argumentos del litigio; 2) los estados tienen soberanía fiscal dentro del marco del Derecho tributario Internacional; 3) que en uso de ella los países generan doble imposición pero resuelta a través de los CDI que contienen métodos; 4) los juros son clasificados en Brasil como “dividendos” a efectos mercantiles y contables, mientras que a efectos fiscales son “intereses”, sin que por ello se enerve “conceptualmente su consideración como “reparto de beneficios” en ese doble aspecto que la norma brasileña permite, como “dividendos”, propiamente dichos, o como “juros o capital propio”; 5) los CDI definen intereses y dividendos, y los juros encajan en ésta última categoría; una cuestión que queda abierta en este considerando del juzgador, es si se aplica o no la exención convencional; 6) el art. 21 TRLIS se refiere a “dividendos o participaciones en beneficios” y en consecuencia “como hemos declarado con anterioridad, los JSCP tienen encaje en cualquiera de estos conceptos, específico o amplio...” La pregunta que podría hacerse al juzgador en este punto sería, ¿Cuál de todos los conceptos? ¿Los mercantiles y contables en el derecho brasileño? O ¿los de los CDI? Es precisamente en este punto donde se aprecia que el asunto suele ser abordado como un *tutum revolutum*. Finalmente, el Considerando: 7) indica que la jurisprudencia europea también ha calificado a los JSCP como dividendos. Ello parece un tanto extraño considerando que el juzgador no presta mayor atención a los razonamientos que llevaron a ese tribunal alemán a la conclusión, que tal como lo expone la Sentencia de la Audiencia Nacional es que: “los “juros” no cumplen con algunas de las características básicas con las que la legislación alemana configura y define los “rendimientos de capital mobiliario”, en concreto, de “intereses”.” La pregunta que no se hace el tribunal español es si bajo un criterio de comparabilidad como el adoptado por su homólogo alemán, esos JSCP serían dividendos en España.

<sup>309</sup> El Tribunal Supremo español ha puesto de presente que las definiciones convencionales del CDI pueden ayudar a determinar la naturaleza de la renta obtenida internacionalmente, pues sus definiciones según el art. 12 LGT podrían preferirse sobre el sentido jurídico, técnico o usual. Textualmente señala: “Debe recordarse,

El Proyecto BEPS, como se ha dicho, propone no conceder exenciones por participación sustancial a los rendimientos que no han sido gravados en la fuente, lo que implica modificar el presupuesto de hecho del método interno. Sin embargo, ello no afecta a los CDI que contienen la exención como un método autónomo, que si bien bajo el apartado 4 del art. 23 MCOCDE puede solucionar algunas de las asimetrías causadas transacciones híbridas, hay otras que no se corrigen, por lo cual, dentro del proyecto BEPS se ha sugerido incorporar una cláusula de *switch over* en aquellos CDI con método de exención autónomo para los dividendos, de manera que se les garantice el método del crédito directo cuando el pago haya sido deducible para la entidad pagadora<sup>310</sup>. En Alemania desde el 2007 se ha modificado la normatividad del régimen de exención por participación sustancial para incluir nuevas condicionantes, tales como que el otro Estado contratante no aplique el Tratado en una forma tal que la renta no sea gravada o que sea gravada a un tipo reducido. Es decir, que en aquellos casos en que exista un conflicto en la calificación de los hechos, interpretación del Tratado o un conflicto de calificación en sentido estricto, Alemania no concederá la exención. Para BÄRSCH & SPENGEL, esto significa un *treaty override* para aquellos convenios que contienen el método de la exención contenido de forma autónoma, puesto que a pesar de que la exposición de motivos diga soportarse en el párr. 32.6 de los Comentarios al art. 23 MCOCDE, lo cierto es que genera aplicaciones incoherentes del Tratado. Es más, aunque sea efectiva para eliminar la doble imposición, su amplio margen puede comprender situaciones que no tenían ese propósito, y que simplemente se explican porque el Estado de fuente dentro de su autonomía decidió no ejercer su poder de imposición<sup>311</sup>.

---

también, que las autoridades fiscales australianas, tal y como se ha expuesto en fundamentos jurídicos anteriores, han calificado repetidamente estos rendimientos como "intereses" a efectos fiscales -pág. 57 y ss. y 146 y ss. del expediente-, y si bien es cierto, tal y como alega la actora, que dicha calificación tributaria hecha por las autoridades australianas tiene un valor secundario, ya que la delimitación del hecho imponible ha de hacerse conforme a la legislación fiscal española, no es menos cierto que constituye un dato relevante más a tener en cuenta a los fines enjuiciados."En cualquier caso, cabe preguntarse si este criterio fuera aplicado al expediente de los JSCP habría cambiado la conclusión del fallo, pues en Brasil esas rentas son consideradas intereses a efectos convencionales. Reino de España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 10 de Julio de 2014, No. de Recurso 1516/2013, Roj: STS 2994/2014.

<sup>310</sup> OECD 2014: p. 18-20.

<sup>311</sup> BÄRSCH & SPENGEL 2013: p. 525-526.

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

#### **2.2.4. LOS CONFLICTOS DE CALIFICACIÓN**

Cómo se vio, el *International Tax Group* defiende que el art. 3.2 del Modelo es aplicable cuando el artículo de eliminación de la doble imposición utiliza el término dividendos y no se refiere al artículo 10 del Modelo o su equivalente<sup>312</sup>. Además, afirma que el Estado de la

---

<sup>312</sup> Cabe destacar que en una línea similar se pronunció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 indica textualmente en su Considerando Quinto: “Pero es que, aún en el caso de que se suscitara duda sobre la naturaleza de los “juros” y su inclusión o calificación como “dividendos” o como “intereses”, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, deberíamos acudir al art. 3.2 del propio Convenio, referido a “Definiciones Generales”, que se establece(sic): “2. Para la aplicación del presente Convenio por un Estado contratante, cualquier expresión no definida de otra manera tendrá, a menos que el texto exija un interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado contratante relativa a los impuestos que son objeto del presente Convenio.” , es decir, que la normativa nacional, en este caso la brasileña al contemplar y regular la figura de los “juros”, desplaza en su interpretación a lo que pueda interpretarse con la normativa nacional española.” Como se observa, el Tribunal entiende que Brasil es la legislación que regula los JSCP y por lo tanto califica el instrumento como “dividendos”, uno supondría. Si así fuera, la pregunta de nuevo es ¿acudiendo a los conceptos mercantiles, contables, fiscales a efectos de retención en la fuente? ¿Cuál es el término no definido en el Tratado? En cualquier caso, si el artículo 3.2 del CDI fuera aplicado, el resultado sería que un término no definido en el Tratado, en este caso, la palabra “dividendos” utilizada en el artículo 23 para consagrar la exención sin

residencia, fuera de esos casos, ha de seguir la calificación hecha por el Estado de la fuente. Estas dos afirmaciones requieren un análisis detallado, pues no es verdad que exista un término no definido en el Convenio si aparece una definición similar a la del tercer párrafo del mismo artículo, por lo tanto, el art. 3.2 no sería aplicable. Ello queda perfectamente claro de su redacción:

“para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida **en el mismo** tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras leyes de ese Estado.” (Negrilla fuera de texto)

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

Dentro del marco de un Tratado, las autoridades pueden tener diferencias sobre los hechos o sobre la interpretación de la norma convencional. Por lo general, ello causará una imposición que en opinión del contribuyente o del otro Estado contratante sea contraria al Tratado. Estos casos son *conflictos de aplicación de un CDI* que podrán ser solucionados de acuerdo con el procedimiento amistoso u otros procedimientos de arreglo de controversias previstos por el Tratado. El desarrollo de la fiscalidad internacional en este punto es mínimo y los mecanismos previstos por el CDI para arreglar controversias no

---

referencia directa al artículo 10, tendría que definirse de acuerdo a la legislación de quien aplica el Convenio que a todas luces sería España al determinar si debe o no conceder la exención. Lo recién comentado simplemente se expone para demostrar la contradicción del Tribunal y no representa un cambio de criterio de lo que se ha sostenido atrás, pues claramente las definiciones de los artículos 10 y 11 serían relevantes para aplicar el artículo 23 en tanto y cuanto esta última norma sólo concede la exención a los dividendos que, “de acuerdo con las disposiciones de éste convenio, pueden someterse a imposición en Brasil”.



suponen un órgano de cierre que decida en último término las cuestiones litigiosas. Así, el procedimiento amistoso (para casos específicos, el interpretativo o el legislativo) depende meramente de la voluntad de las autoridades competentes de ambos estados<sup>313</sup>.

Como se ha demostrado en otros trabajos y no es del caso repetir aquí de forma detallada, la expresión *conflicto de calificación* es polisémica<sup>314</sup>. Aunque haya autores que la identifiquen con los *conflictos de aplicación* de un CDI, con los *conflictos en la determinación del presupuesto de hecho de las normas de un CDI* o con el mero resultado de calificación divergente de una renta en el marco de un CDI; lo cierto es que los CMOCDE de 2000 adoptaron una perspectiva restringida del problema. Según esta última, los conflictos de calificación surgen cuando los Estados contratantes aplican a una renta distintos preceptos del CDI, a causa de que un término no definido por el Tratado es entendido por ellos con base en los significados atribuidos por su propio derecho interno. En palabras de los Comentarios, los conflictos surgen cuando:

“... por las diferencias existentes entre la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de residencia, el primero de ellos aplica a un determinado elemento de renta o de patrimonio disposiciones del Convenio distintas a las que hubiese aplicado en Estado de residencia a ese mismo elemento, no por ello la renta deja de ser gravada de acuerdo con lo dispuesto en el presente Convenio a tenor de su aplicación e interpretación por el Estado de la fuente. En este tipo de casos, los dos artículos [23 A y 23 B MCOCDE] exigen por lo tanto que el Estado de residencia conceda una desgravación para evitar la doble imposición a pesar del conflicto de calificación resultante de las diferencias existentes entre las legislaciones internas.”<sup>315</sup>

Aunque el problema en realidad consiste en determinar si se toma la definición del Estado A, del Estado B o si se acude a un tercer significado<sup>316</sup>, la OCDE presupone que, a partir del artículo 3.2 MCOCDE<sup>317</sup> ambos Estados aplican su legislación interna para interpretar

---

<sup>313</sup> En relación con el procedimiento amistoso OECD 2007b; MARÍN 2008; MARTÍN 2012: p. 795 y ss.;

<sup>314</sup> Las primeras ideas sobre los conflictos de calificación las divulgamos, *in extenso*, en un Documento de Trabajo al cual nos remitimos con la bibliografía ahí citada. CASTRO 2012

<sup>315</sup> párr. 32.3 art. 23 MCOCDE

<sup>316</sup> VOGEL 1997: p. 46; ROCHA 2009: p. 152; ROHATGI 2008: p. 95.

<sup>317</sup> El artículo 3.2 MCOCDE encuentra su origen el artículo II(3) del Tratado entre el Reino Unido y Estados Unidos de 1945 que si bien se había basado en el articulado del Convenio entre Estados Unidos y Canadá de 1942 no contenía una definición de dividendos. (Recuérdese que éste es considerado como el antecedente de la definición de dividendos incorporada en el Modelo de Londres) Textualmente indica: “In the application of the provisions of the present Convention by one of the Contracting Parties any term not otherwise defined

un término no definido en el CDI<sup>318</sup>. En tanto que el citado art. 3.2 remite a las legislaciones internas de los Estados que aplican el Tratado, las dos aplicaciones son “conforme a lo dispuesto en el Convenio”, por lo cual, surge la obligación del Estado de residencia de eliminar la doble imposición<sup>319</sup>. En consecuencia, los Comentarios en este punto no afirman que el derecho aplicable para definir un término no contenido en el CDI sea el del Estado de la fuente, ni que la calificación hecha por este último estado vincule al de la residencia. Solo se evidencia una obligación de eliminar la doble imposición a pesar del conflicto.

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

“Cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de la renta o del patrimonio que de otro modo tuviera derecho a gravar, el Estado de residencia, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 23 A, debería considerar que el elemento de la renta no es gravable por el Estado de la fuente de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio, incluso si el Estado de residencia hubiera aplicado el Convenio de forma diferente de manera que tuviera derecho a gravar esta renta si hubiera sido Estado de la fuente.”<sup>320</sup>

Como se aprecia, en este caso la OCDE cambia de criterio y considera que la calificación hecha por el Estado de la fuente es obligatoria para el Estado de la Residencia. Es decir, que esta vez sólo una calificación es válida o conforme con el Convenio<sup>321</sup>. Nótese que no se indica que la norma aplicable sea la definición prevista por la legislación del Estado de la fuente, sino que se vincula al resultado de la calificación en la fuente. Por ello, en los

---

shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws of that Contracting Party relating to the taxes which are the subject of the present Convention.” vid. AVERY JONES 2012b: p. 3-13. Esta regla interpretativa se convierte en una práctica convencional que es finalmente recogida, sin mayor análisis, por el WP 14 del Comité Fiscal de la OEEC FC/WP14(59)1, del 3 de marzo de 1959.

<sup>318</sup> PÖTGENS & DE HEER 2012, p. 54-61; LANG 2009, p. 205

<sup>319</sup> vid. párr. 34-36 art. 23 MCOCDE

<sup>320</sup> párr. 32.6 art. 23 MCOCDE

<sup>321</sup> LANG (2004: p. 95-101) afirma que de los art. 23 A y 3.2 del MCOCDE es posible derivar otras interpretaciones que podrían representar un obstáculo para que los citados comentarios sean efectivamente aplicados por los Estados.

conflictos positivos el problema de norma aplicable se trata de solucionar empeorándolo, al adoptar los preceptos de los dos estados y, finalmente se corrige a la luz del artículo 23 MCOCDE. Por su parte, en los conflictos negativos el problema se resuelve determinando quien aplica CDI de forma vinculante para el otro Estado.

Esta confusión, a nuestro juicio, parece derivar de un mal entendimiento de importantes trabajos que desde finales de los ochentas del siglo pasado habían abordado la materia de forma mucho más coherente<sup>322</sup>, pues indican que la calificación ha de hacerse considerando la legislación del Estado de la fuente. En particular, el *International Tax Group* considera que sólo se aplica el CDI cuando se limita la aplicación del derecho interno, de tal forma, Estado de la fuente:

“aplica o por lo menos lee el tratado a la luz de la definición de la legislación tributaria interna, para ver si tiene prohibido gravar la renta, o si no lo estuviere, determinar si tiene un derecho reducido o limitado para gravar la renta. No hay ninguna razón por la cual el Estado de residencia deba hacer lo mismo y aplicar el art. 3.2, pues no hay un término no definido que requiera definición (...)” [En consecuencia, el punto de partida es que] “el artículo 3.2 no aplica en el Estado de la residencia.”<sup>323</sup>

Contrario a los CMOCDE, la posición del *International Tax Group* es coherente al afirmar que la imposición ha sido conforme al Tratado -a efectos del artículo 23-, cuando el Estado de la fuente ha aplicado correctamente el Convenio, entendiendo por esto, que ha dotado del significado previsto por su legislación interna a los términos no definidos en la norma internacional. De esta forma, el Estado de residencia no podría alegar su legislación interna para que, dotando de otro significado a los términos no definidos, califique la renta de otra forma. Aunque esta posición haya tenido varias críticas<sup>324</sup>, la más relevante es su desconocimiento a la obligación de buscar un concepto convencional de forma previa a la

---

<sup>322</sup> En particular, los informes del Congreso de la IFA del año 1993 (WARD & DERY 1993: p. 279 y ss.; AVERY JONES 1993: p. 607 y ss.) y posteriormente en los trabajos de AVERY JONES y el llamado *International Tax Group* (AVERY JONES et al 1996, p. 118 y ss.).

<sup>323</sup> AVERY JONES et al 1996: p. 133.

<sup>324</sup> La crítica a esta posición se encuentra entre quienes entienden aplicación como “cualquier decisión hecha por las autoridades o cortes en relación con los asuntos tributarios en los cuales el tratado es considerado o debería ser considerado” RAMOS 2007: p. 25; VOGEL 1997. Sobre esta base se ha argumentado que el CDI es aplicado también por el Estado de la residencia al calificar la renta e incluso se ha dicho que hay normas del CDI que suponen que la aplicación se dé al tiempo por los Estados VOGEL 1997, p. 212.

remisión al derecho interno<sup>325</sup>, exigencia que viene dada por la frase “a menos de que de su contexto se infiera una interpretación diferente” contenida en el artículo 3.2 MCOCDE.

Y es que como lo hemos puesto de presente anteriormente<sup>326</sup>, es importante discernir en este punto dos preguntas que parecen entremezclarse. De un lado, la cuestión de ¿Qué se aplica?; y de otro, ¿Quién aplica? El punto de partida para separar ambas cuestiones es la afirmación de que el artículo 3.2 MCOCDE no permite inferir que la calificación hecha por el Estado de la fuente sea obligatoria para el Estado de la residencia, pues el primero es quien aplica. Si ello fuera así, todos estos conflictos se solucionarían a costa de este último Estado y a pesar de errores interpretativos y aplicativos. El Estado de la fuente, por regla general, aplica en primer lugar, mientras que el de la residencia también aplica, aunque en segundo lugar, al analizar si la imposición ha sido conforme al Convenio. Por lo tanto, la calificación hecha por el Estado de la fuente no es vinculante para el otro Estado, pues ambos aplican el CDI y no existe una regla de prevalencia de una calificación sobre otra que pueda ser derivada del art. 3.2 MCOCDE. En últimas, la remisión a la legislación interna del Estado que aplique en primer lugar es una cuestión del qué se aplica, y otro asunto será los límites a esa remisión<sup>327</sup>.

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

---

<sup>325</sup> Esta idea presente en varios trabajos de LANG. En especial LANG 2000: p. 28.

<sup>326</sup> CASTRO 2012

<sup>327</sup> Las ampliaciones de las definiciones internas para someter a imposición rentas podría ser constitutivas de un *treaty dodging* VOGEL 1997: Introduction párr. 125 y ss.; LANG 2010: párr. 126; DE PIETRO 2014.

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

En este punto es necesario aclarar que la remisión se hace a la “legislación” y no al “Derecho” interno. Lo incluido variará según lo que se entienda por los Estados contratantes, pues si se trata de un sistema de *common law* la jurisprudencia y los precedentes entrarán claramente, mientras que en los países del *civil law* dependerá del papel que le sea atribuido al precedente jurisprudencial. Desde el año 1995 se modificó el texto del art. 3.2 para aclarar que el significado de los términos deberá ser buscado, en primer lugar, en la legislación relativa a los impuestos comprendidos (párr. 13.1 art. 3.2 MCOCDE) y, entendemos que a falta de este seguirán, en su orden, los términos fiscales de otros tributos y los de otras ramas del Derecho. En ese mismo año también se esclareció que la remisión se hace a la legislación vigente en el momento en que se aplica el tratado<sup>328</sup> y no debe interpretarse como una remisión estática<sup>329</sup>. Los términos no idénticos pero similares también pueden entrar dentro de esta remisión siempre que sea razonable y acorde a la buena fe<sup>330</sup>.

Con lo dicho, el art. 3.2 MCOCDE no es un problema sino una solución a los conflictos de calificación, pues no hace una remisión a las legislaciones de los dos estados contratantes – como dice la OCDE respecto de los conflictos positivos-, sino a uno solo de ellos: del que aplique en primer lugar. Por ello, la pregunta de cuál Estado aplica en primer lugar debe ser analizada caso por caso atendiendo a la naturaleza de la norma del CDI carente de significado autónomo. Por principio, podría tenerse que en todos los casos en que un Estado deba conceder el método del art. 23 MCOCDE, ese mismo Estado aplicará en

---

<sup>328</sup> Se agregaron las frases “at any time” y “at that time”. vid. párr. 23 art. 3 MCOCDE.

<sup>329</sup> Discusión que se presentó en el caso Canadá, Supreme Court, *The Queen v. Melford Developments Inc.* D.T.C. 6281, 1982, en el que se aplicó una interpretación estática de la remisión. vid. AVERY JONES et al 1984.

<sup>330</sup> ENGOLEN 2004, p. 484 y ss.

segundo lugar y el otro en el primero<sup>331</sup>. Es precisamente el caso de los dividendos e intereses, donde los términos no definidos autónomamente serán definidos conforme a la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de la residencia no podrá alegar su significado autónomo. En definitiva, los conflictos de calificación tal como han sido descritos por los CMOCDE analizados en este apartado no existen, pues lo que podrá haber son conflictos interpretativos<sup>332</sup> que versen sobre las normas convencionales y las normas de derecho interno remitidas. Empero, estas últimas sólo serán las de un Estado y no las de ambos.

La solución de los conflictos de calificación se ha fundamentado en la interacción entre los art. 3.2 y 23, especial en la frase de este último que se lee: “de acuerdo con lo dispuesto en este convenio, pueden someterse a imposición”. Tanto para la OCDE, como para el *International Tax Group* la solución a los conflictos de calificación se encuentra en el artículo de eliminación de la doble imposición. Su posición, cómo lo indican PÖTGENS & DE HEER, parece fundamentarse en el principio de efectividad del Derecho internacional público, conocido con la máxima *ut res magis valeat quam pereat*, previsto en la regla general de interpretación del art. 31 CVDT, según el cual los CDI deben interpretarse de forma que permitan eliminar la doble imposición, que es su objeto y finalidad<sup>333</sup>.

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

- a) En primer lugar, aquellos CDI que remiten al método para evitar la doble imposición previsto en el derecho interno. En estos casos las soluciones de los conflictos planteadas por los Comentarios del MCOCDE y por el grupo de autores no

---

<sup>331</sup> Con mayores referencias CASTRO 2012: p. 17-19

<sup>332</sup> En similar sentido LANG 2010: párr. 128.

<sup>333</sup> ENGELEN 2004: p. 503–506; AVERY JONES et al 1996: p. 134 y ss.; PÖTGENS & DE HEER 2012: p. 54-62

aplican y puede ocurrir que la norma nacional, bien solucione la doble imposición aún si hay conflicto de calificación, o que no lo solucione. En este último supuesto, el resultado podrá ser que: a1) se genere doble imposición, o; a2) se genere doble exención. Para el *International Tax Group* las situaciones de doble imposición (a1)) son contrarias al objeto general del Tratado que es evitar la doble imposición<sup>334</sup>, por lo cual, cabría entender, que el Estado de la residencia estaría obligado a solucionarla. Por el contrario, las situaciones de doble exoneración no pueden ser evitadas por el Tratado.

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

b) aquellos CDI que no contiene una referencia a los métodos internos. En este caso, existirá un problema de interpretación del CDI, al cual aplica precisamente la solución que los autores plantean<sup>335</sup>. Sin embargo, ellos también sostienen que esta afirmación se debe restringir a algunos tipos de normas para eliminar de la doble imposición. En particular, la solución descarta aquellos casos en que el artículo de eliminación de la doble imposición se refiera a un tipo de renta sin determinar el número de artículo. En estos casos, la referencia, por ejemplo, a los “dividendos”, permitiría al Estado de la residencia otorgar a ese término el significado previsto por su legislación interna, pues es esa jurisdicción la que aplica el artículo 23. En otras palabras, de ese Estado depende definir si se trata o no del tipo de renta descrito para la concesión de la eliminación de la doble imposición.

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

---

<sup>334</sup> AVERY JONES et al 1996: p. 125

<sup>335</sup> AVERY JONES et al 1996: p. 125

residencia no puede alegar su definición interna para no aplicar el método para eliminar la doble imposición.

Obviamente, cuando la especificación se da por el número del artículo o por el número del artículo y la descripción del tipo, la calificación deberá hacerse siguiendo el significado dado por el Estado de la fuente, en la medida en que es mucho más claro que la sujeción a imposición “conforme a lo dispuesto en el presente convenio” depende la caracterización del Estado de la fuente que es quien aplica la norma de reparto. El Estado de la residencia por tanto verificará si la imposición se da conforme al convenio, sin poder alegar sus definiciones propias, y deberá garantizar la eliminación de la doble imposición<sup>336</sup>.

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

### **3. EL RÉGIMEN DE LOS DIVIDENDOS TRANSNACIONALES Y LA AUSENCIA DE NEUTRALIDAD**

Abstrayendo los supuestos de sucesivas distribuciones e imposición en cascada, se puede afirmar que desde un punto de vista económico el régimen fiscal de los dividendos internacionales parte de la tributación de los beneficios empresariales de la entidad distribuidora, continúa con el gravamen de la renta de los titulares de las participaciones sociales asignado por el Estado de la fuente y, culmina con el impuesto que éstos últimos sujetos deben pagar en su residencia. Lo anterior puede dar lugar a situaciones de doble

---

<sup>336</sup> vid. AVERY JONES et al 1996: p. 126-145.



imposición jurídica y económica que las más de las veces resultan atenuadas bien por el Estado de la fuente, al contemplar un sistema de integración del impuesto de renta sobre las entidades distribuidoras y sus propietarios, o bien por el Estado de la residencia al prever un crédito directo que solucione la doble imposición jurídica, o el crédito indirecto y la exención que atenuarán incluso la doble imposición económica. Las interacciones entre las normas de integración previstas por el derecho interno del Estado de la fuente de los dividendos con los preceptos del Estado de la residencia que buscan atenuar la doble imposición económica pueden causar que de los tres niveles de imposición (beneficio-dividendo en la fuente-dividendo en la residencial, se reduzcan a uno o dos. En algunos casos, podrían incluso eliminarse todos los niveles<sup>337</sup>.

Todas estas cuestiones suelen ser evaluadas en la negociación de cada Convenio, y no es posible decir que la existencia de un nivel de imposición o de ninguna imposición resulte *per se* contraria a los postulados del CDI, ni pueden ser prejuzgadas como elusión o abuso fiscal en el marco del Derecho interno, pues bien podrían ser deseadas para fomentar el intercambio económico entre las jurisdicciones, o simplemente pueden obedecer a las faltas de simetría en el tratamiento tributario de las distribuciones internacionales de beneficios. Habrá entonces que analizar las circunstancias concretas, asunto que excede del propósito

---

<sup>337</sup> Esto puede ocurrir por vía de las relaciones entre los mencionados sistemas de corrección de la doble imposición y a causa de que los conceptos de base imponible, impuesto a pagar, impuesto pagado, beneficios de la sociedad y dividendos no resulten armónicos en ambos estados. Obviamente estos conceptos no siempre encuentran estas mismas locuciones en la legislación interna, lo cual es parte del problema que se pretende describir, pero a efectos expositivos debemos llamarlos de la forma que consideramos más amplia. Ha de resaltarse que existen problemas de conceptualización de la doble imposición económica y su antónimo, dada la especial naturaleza de los dividendos. Por ejemplo, se podría admitir como un caso de doble no imposición jurídica de dividendos se daría cuando el Estado de la fuente conceda una exención a los dividendos pagados por sociedades nacionales como método para eliminar la doble imposición interna, mientras que el Estado de la residencia concede un régimen de exención por participaciones sustanciales. Ese ejemplo que parece tan claro, contrasta con el supuesto en que el Estado de la fuente incorpora el método de imputación y el de la residencia una exención por participación sustancial. En tal caso los beneficios de la sociedad soportarían algún gravamen aunque, puede ser discutible la naturaleza del sistema de imputación, ya que si se considera que el impuesto sobre los beneficios de la entidad distribuidora es un anticipo del impuesto del socio, el gravamen recaería sobre los dividendos, de forma que los mismos son objeto de una imposición en la fuente y de exención en la residencia, por lo cual no sería posible hablar de doble no imposición jurídica. Por otra parte, se podría decir que hay doble no imposición económica cuando la fuente aplique un sistema de imputación que considere al impuesto sobre la entidad distribuidora como un anticipo del impuesto del socio, al tiempo que el Estado de la residencia permita un crédito fiscal directo e indirecto. En tales circunstancias habría una compensación por los impuestos subyacentes por parte del Estado de residencia, mientras que el de la fuente eliminará la doble imposición económica, lo cual visto en conjunto significa un doble alivio en cabeza del socio.

de éste trabajo. En todo caso, el concepto de dividendo previsto en el MCOCDE no puede evitar por si mismo estos supuestos de doble no imposición. Recuérdese que el Modelo asume un sistema clásico de imposición sociedad-socio y, cuando los dos Estados o alguno de ellos tenga un régimen de eliminación de la doble imposición económica será importante evaluar el reparto del poder tributario y si es del caso, adoptar alguna de las soluciones que la doctrina ha sugerido<sup>338</sup>, que de forma general no implican modificar la definición de dividendos. No obstante, si ciertos instrumentos que califican como “participaciones sociales” a efectos convencionales (art. 10.3 MCOCDE) generan rendimientos que se ven sujetos a un régimen de eliminación de la doble imposición económica en la residencia y en la fuente, puede ser recomendable evaluar en la negociación de cada CDI la exclusión de esos específicos instrumentos. Es el caso, por ejemplo, de los *juros sobre o capital propio* brasileños que en algunos Convenios son considerados expresamente como intereses dada su no deducibilidad<sup>339</sup>.

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

---

<sup>338</sup> VAN RAAD 195: p. 45 y ss.; DOENBERG 1995: p. 5 y ss. párr. 40-67 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

<sup>339</sup> En los CDI de Brasil con México, Chile, Perú, Portugal, Ucrania, Israel, África del Sur. vid. CALDERÓN 2012b.

empresariales, los rendimientos por la cesión a terceros de capitales propios y las ganancias de capital.

En ese sentido, vale traer a este punto las diferencias a las que hemos hecho referencia atrás entre operar un negocio en un Estado mediante un EP y mediante una filial, pues por más que esa haya sido la intención en las modificaciones a los CMOCDE 2008 y al MCOCDE de 2010 en relación con el artículo 7. Mientras que los dividendos pagados por una filial pueden ser sometidos a imposición a un 5% en el Estado de la fuente según el artículo 10 y gozan de un crédito fiscal bajo los artículos 23 A o B, las transferencias de utilidades de un EP a su casa central se rigen por el artículo 7 que permite la tributación ilimitada en la fuente, siempre que no sea discriminatoria (art. 24), y el Estado de residencia debe conceder una exención (art. 23 A) o un crédito fiscal (23 B) por todo el impuesto soportado en la fuente. Además, para los dividendos no existe un crédito por los impuestos soportados por la sociedad, y los beneficios del EP, en principio, no podrán ser gravados de forma más gravosa que las empresas nacionales.

En segundo lugar, las diferencias entre participaciones sociales y sus rendimientos (los dividendos) y el endeudamiento y sus rendimientos (los intereses). La similitud entre estos dos últimos hace que la mayoría de esquemas de planeación fiscal se centren en el arbitraje de las fuentes de financiación. La Teoría de las finanzas corporativas ha reforzado esa idea partiendo de la base del Teorema MODIGLIANI-MILLER que afirma que la estructura financiera no afecta el valor de una empresa en condiciones de mercado perfectas (sin distorsiones en relación con los tributos, la asimetría de la información y los costos de la insolvencia)<sup>340</sup>. Los autores de ese Teorema reconocieron<sup>341</sup> años después que la no

---

<sup>340</sup> A partir de la contribución del Teorema Modigliani-Miller se suelen aceptar dos proposiciones teóricas: i) que el valor de una empresa no dependería de su estructura financiera si no existieran distorsiones en relación con los tributos, la asimetría de la información y los costos de la insolvencia; ii) La ratio entre el endeudamiento y el capital determina el coste del capital en una función lineal, de manera que a mayor ratio de endeudamiento, mayor remuneración de los fondos propios. Lo anterior siempre que no haya distorsiones tributarias, costos de transacción y tipos de interés idénticos entre personas naturales y sociedades. MODIGLIANI & MILLER 1958: p. 261-297. Considerando que un escenario en condiciones de mercado perfectas no existe, lo relevante es determinar esas condiciones o variables que lo afectan. Así, las finanzas corporativas buscan analizar cuál es el nivel óptimo de la estructura de capital de una sociedad, a partir de los costos de los siguientes factores: banca rota/insolvencia, agencia, señales externas, gobierno, condiciones macroeconómicas, calificación del riesgo de crédito y ratios de endeudamiento aceptables por el mercado. Un resumen de estos factores en: ZABURAITTE 2012: p. 18. Las teorías sobre las finanzas corporativas son

deducibilidad de los dividendos afecta las ecuaciones, pues el tratamiento tributario favorable del endeudamiento, en concreto, la deducibilidad de los intereses, hace que el valor de la empresa aumente si hay una mayor ratio de deuda<sup>342</sup>. MILLER en 1977 matizó la importancia de la deducibilidad, a partir argumentar que la imposición de los réditos de la financiación, cuando son obtenidos por personas físicas, se compensa en algún grado con las ventajas del endeudamiento en la entidad financiada, en la medida en que los intereses tienen un costo fiscal mayor en el beneficiario que los dividendos, gracias a que los sistemas de integración permiten desgravaciones para las participaciones en beneficios que no existen para los intereses<sup>343</sup>. En cualquier caso, para que la matización de MILLER fuera válida se deben excluir las operaciones internacionales, los supuestos en que hay tipos proporcionales y menores para personas físicas y, por su propio planteamiento, a la financiación intra-grupo. De tal forma, hemos de aceptar que el ámbito real de la afirmación del autor está bastante restringido<sup>344</sup>, más aún si se tiene en cuenta que las diferencias no tributarias pueden limarse para obtener el tratamiento tributario más conveniente, sobre todo cuando existen partes relacionadas, pero incluso fuera de esos

---

criticadas porque no parecen ser concluyentes en torno al margen ideal de estructura de capital y porque parten del controvertido supuesto de la distinción entre endeudamiento y capital, que en la práctica se viene desdibujando, de manera que más que definir el nivel óptimo de financiación interna y externa, deberían fijar las características óptimas del instrumento financiero. DE MOOIJ 2013.

<sup>341</sup> Profundizando en sus ideas, entendemos, pues ya habían hecho *ceteribus paribus* del factor fiscal.

<sup>342</sup> Ello se explica en que el Coste Medio Ponderado de Capital (CMPC) o *Weighted Average Cost of Capital* (WACC) se reducirá, y con ello los flujos de caja descontados serán mayores. Esto se acentúa también si el tipo imponible sobre los beneficios de la Sociedad es alto. MODIGLIANI & MILLER 1963: p. 268.

<sup>343</sup> MILLER 1977: p. 261-275. Incluso, se ha afirmado que la reducción de los tipos para personas jurídicas, y no para las personas físicas, ha generado una distorsión entre los intereses y las utilidades no distribuidas cuando el receptor es una persona física, pues las primeras se gravarían al tipo del IRPF y las segundas a un tipo menor aplicable a las sociedades. SCHÖN 2009: p. 5.

<sup>344</sup> Actualmente se acepta de forma general que el factor tributario es importante, pero el grado en que lo es discutible, pues por ejemplo, el sobre-endeudamiento puede generar riesgos cuyos costos disminuyan las ventajas fiscales de la deuda. Una revisión de la literatura contemporánea sobre este aspecto se puede consultar en: GRAHAM 2013: p. p. 149. Las fricciones tributarias se potencian o disminuyen con las demás fricciones existentes en el mercado, las cuales tienen como origen, en alguna medida, los distintos efectos que se les asigna al endeudamiento y al capital en el derecho privado y contable. El resultado conjunto de los incentivos positivos o negativos en la entidad financiada y en los inversionistas, tiene influencia en la estructura de capital de la primera. Desde el punto de vista de las finanzas corporativas, en el mundo real las dos categorías de financiación envuelven distintos grados de riesgos y compensaciones; aunque tienen un único destino: constituir los recursos económicos de la empresa. Así lo reconoce el *International Tax Dialogue*, al afirmar que muchas veces es indiferente la distinción y “la variación de los ratios de deuda/capital solo representa un cambio en la estructura de participación de un determinado perfil de rentabilidad/riesgo entre acreedores y accionistas”, aunque las tasas de interés, las calificaciones de las agencias y la posibilidad de acceso al crédito son algunos de los factores que pueden marcar diferencias entre una y otra” INTERNATIONAL TAX DIALOGUE (FMI-OCDE) 2009: p. 12 y 13. FERNÁNDEZ DEL POZO 1992: p. 54.

supuestos también mediante la creación de híbridos o financiaciones estructuradas<sup>345</sup>. Con todo, debe admitirse que en materia internacional existe una sistemática preferencia de los sistemas tributarios por el endeudamiento, que no encuentra razones de política fiscal fuertes para justificarla y que seguramente fue un factor agravante de la crisis financiera de 2009<sup>346</sup>. Su origen se halla en la no deducibilidad de los dividendos, que en últimas significa la tributación en la fuente, y aunque la fiscalidad en el receptor de los dividendos pueda equilibrar el tipo efectivo soportado por la financiación globalmente considerada, lo cierto es que se gravarán en la residencia, tal como se observa de la práctica de los CDI y de la Directiva Matriz-Filial<sup>347</sup>. Es palpable que existen regímenes tributarios que permiten a los particulares omitir o reducir la importancia de este segundo factor cuando el tipo impositivo sea menor o nulo para los intereses en la residencia<sup>348</sup>, asunto que ha tendido a

---

<sup>345</sup> Estudios empíricos han evidenciado que los altos grados de endeudamiento se dan en compañías asentadas en aquellos estados que tienen altos tipos impositivos y mayores costos de financiamiento, lo que demuestra de un lado, que la subcapitalización se da para reducir la tasa efectiva de tributación del grupo de compañías vinculadas y que la subcapitalización no sólo ocurre por razones fiscales, pues el costo y la oportunidad de financiamiento en el Estado donde se ubica la entidad receptora de los recursos es tenida en cuenta también por los administradores. KNÖLLER 2011: p. 320.

<sup>346</sup> DE MOOIJ 2011.

<sup>347</sup> La tributación de los intereses en la residencia, y de los dividendos en la fuente, es una constante en la fiscalidad internacional. En el Derecho la Unión Europea la Directiva Matriz-Filial y la de Intereses y Cánones prevén una exención de la retención en la fuente/origen de la renta, pero la primera exime también la renta a efectos del Estado de residencia del perceptor bien sea mediante el otorgamiento de una exención o de un crédito indirecto para los dividendos, mientras que la segunda asume que los intereses tributan en dicho Estado. Por su parte, los CDI que siguen el MCOCDE otorgan el mismo tratamiento para dividendos e intereses, en el sentido de que los impuestos pagados en la fuente serán acreditables en la cuota del impuesto a pagar por el inversor en dicha jurisdicción. Sin embargo, las diferencias se dan desde una perspectiva económica. De un lado, los intereses según el derecho interno del Estado de origen son deducibles usualmente, por lo cual solo tributan en la fuente lo equivalente a la retención en la fuente y en la residencia tributan por el exceso de la cuota que les corresponda menos el crédito. Por el otro, los dividendos tributan en la fuente al tipo permitido por el CDI de retención, y económicamente soportan el impuesto subyacente sobre los beneficios. En la residencia del inversor, sólo se puede acreditar en la cuota el monto de la retención. En consecuencia, mientras que económicamente el inversor de un instrumento generador de intereses puede deducir de la cuota en el Estado de residencia toda la imposición soportada en el Estado de la fuente, el inversor de un instrumento generador de dividendos debe asumir el impuesto subyacente. Finalmente, las diferencias tampoco desaparecen cuando los CDI contienen métodos para evitar la doble imposición económica de dividendos, pues, al igual que ocurre en el Derecho de la Unión Europea, se asume que los dividendos tributan en la fuente y los intereses en la residencia. Esto sin contar con las diferencias de elementos de conexión objetivos, pues los intereses tendrán el criterio de origen y los dividendos el de fuente como residencia de la entidad distribuidora. Sobre las diferencias que venimos comentando y otras que exceden de nuestro objeto por versar sobre otros elementos del hecho imponible vid. BROWN 2012: p. 28-31; BLESSING 2012: p. 198-200; ZABURAITÉ 2012: p. 21-26; AULT & ARNOLD 2003: p. 465-466; SCHÖN et al 2009: p. 2-8; HINNY 2008: p. 20.

<sup>348</sup> Las diferencias en los tipos nominales de los impuestos sobre sociedades crea la oportunidad para que las multinacionales prefieran financiar a sus subsidiarias con deuda y no con capital. DE MOOIJ 2011: p. 6-7.

ser común gracias a la competencia fiscal internacional<sup>349</sup> y a que los principales accionistas hoy por hoy son entidades exentas o compuestas por capitales de individuos que tienen un régimen de transparencia, como son los fondos de pensiones<sup>350</sup>.

Por último, otra diferencia sustancial se plasma entre los dividendos y las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales, bien sea de los resultantes de la cuota de liquidación total o parcial de la entidad, la reducción del capital o de la venta de las mismas, ya que estas últimas por lo general son gravadas con impuestos independientes al IRPF y el IS o incluso cuando se incluye en éstos, tienen reglas específicas de cuantificación que por lo general dan un tratamiento más favorable o incluso las consideran exentas<sup>351</sup>. Además, las ganancias patrimoniales se gravan en la residencia de quien las obtiene a diferencia de los dividendos. Esa regla se mantiene en los CDI pues el art. 13.5 del MCOCDE señala que los demás activos, incluyendo dentro de éstos a las participaciones sociales no afectas a un EP, tributan exclusivamente en la residencia. De todas formas, el tratamiento fiscal diverso entre ambas categorías es fuente de ausencia de neutralidad frente a rentas que económicamente son sustituibles<sup>352</sup>. Los CDI también contienen esa distinción, pues mientras que las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales de acuerdo con el artículo 13.5 MCOCDE deben ser gravadas en el Estado de la residencia, los dividendos suelen tener un gravamen limitado en la fuente de acuerdo con los porcentajes pactados.

---

<sup>349</sup> SCHÖN 2009: p. 5 y ss.

<sup>350</sup> Esta ausencia de neutralidad merece repensar los sistemas de integración del impuesto de sociedades y los accionistas. Si bien inicialmente con los sistemas de imputación podrían permitir una neutralidad entre la financiación con deuda o con capital cuando fuera ofrecida por dichos fondos, ello no ocurre con los sistemas arbitrarios de eliminación de la doble imposición que se han venido extendiendo en los últimos años pues los beneficios distribuidos a las entidades exentas deben soportar el Impuesto de Sociedades de la entidad distribuidora. vid. HARRIS 2010: p. 588; en la misma línea: VANN 2003: p. 69.

<sup>351</sup> párr. 2-6 art. 13 MCOCDE; AVERY JONES et al 2006: p. 249. En ocasiones las ganancias de capital por la liquidación de la sociedad otorga el derecho a los socios de eliminar la doble imposición económica, pero en otras ello no es así. VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 46.

<sup>352</sup> SIMONTACCHI 2007: p. 136; AVI-YONAH 2010: p. 4; BREALEY, MYERS & ALLEN 2011: p. 404; POLITO 2012: p. 3-4.

## CAPÍTULO II: LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS PREVISTA EN LOS CDI

Una vez resuelta la cuestión de la aplicación de la definición convencional de dividendos, el siguiente problema que se presenta es su interpretación, asunto que hoy tiene tanta importancia como la que reconocía el Comité de los cuatro economistas en 1927 al afirmar que uno de los asuntos preliminares para hacer un CDI es definir los términos de forma tal que no haya posibilidad de ser malinterpretados. Al revisar la doctrina o la jurisprudencia en torno al concepto y tributación de los dividendos parece que dicha afirmación, aún cuanto razonable, ha sido ingenua. Hoy por hoy está claro que los conceptos utilizados en la fiscalidad internacional están lejos de ser claros y precisos, debido a que la aplicación del DTI resulta compleja. Y lo es, puesto que se trata de una rama del Derecho donde hay una interacción de ordenamientos jurídicos; donde existen múltiples aplicadores sin que encuentren un órgano de cierre que decida uniforme y en último término una cuestión problemática; al tiempo que distintos contextos históricos y sociales rodean a los cada uno de los aplicadores. De esta forma, parece que pueden existir varias respuestas interpretativas posibles<sup>353</sup>. Esta tesis pretende demostrar que es posible reducir la complejidad en la interacción de ordenamientos jurídicos en relación con la definición de dividendos mediante la correcta aplicación de un Tratado. Para ello, el presente acápite busca precisar los métodos y elementos de interpretación de tales Convenios, lo que nos guiará hacia una revisión de su evolución histórica a partir de los primeros tratados y normas armonizadoras de los impuestos sobre la renta y el patrimonio, pasando por el MCOCDE y sus Comentarios más recientes, y cerrando con las variaciones que pueden encontrarse en la práctica convencional. Por último, se analiza la relación entre la definición del art. 10.3 y las normas antia-abuso internas.

### 1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

---

<sup>353</sup> La aplicación del Derecho tributario Internacional plantea serios cuestionamientos a las teorías del Derecho como interpretación, en especial la tesis de DWORKIN en torno a la existencia de una sola respuesta jurídica posible, ya que habrá casos en que no podríamos determinar claramente un único **órgano de aplicación**, ni mucho menos un solo **ordenamiento jurídico**, ni un solo **contexto histórico y social** que permita inferir principios que den la única respuesta válida. Una posición contraria puede encontrarse en: ROCHA 2009: 105-112; DWORKIN 1986: 313 y ss.

Los CDI gozan de una doble naturaleza (*dual or twofold nature of DTCs*) en tanto que son Derecho internacional público (de carácter especial) y al tiempo tienen un reconocimiento en el Derecho interno<sup>354</sup>. A pesar de que no son las únicas normas que hacen parte del ordenamiento internacional<sup>355</sup>, es difícil que puedan resultar antinomias entre sus mandatos y otras fuentes<sup>356</sup>. Excepcionalmente podrían sucederse si el Estado de la residencia de la entidad distribuidora abusa del art. 10.3 MCOCDE, como ocurriría cuando se amplían los supuestos cubiertos por la remisión y se aleja de la buena fe consagrada como regla para la aplicación y la interpretación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Ello podría ser calificado como un desconocimiento directo del Convenio *-treaty override-*, lo cual permitiría al otro Estado contratante solicitar la terminación o suspensión del Tratado en los términos del artículo 60 CVDT, o la responsabilidad internacional del Estado infractor, pues las antinomias entre el Derecho internacional y el Derecho interno se solucionan a favor del primero según la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho positivo internacional<sup>357</sup>. Los derechos se ejercen por medio de los mecanismos de solución de controversias previstos por el Derecho internacional público, salvo disposiciones específicas que tengan los tratados, como el procedimiento amistoso y el arbitraje como fase final de dicho procedimiento (art. 25 MCOCDE).

El desconocimiento del Tratado puede darse de forma directa<sup>358</sup> o indirecta, en este último caso a través de lo que se ha llamado un incumplimiento de los objetivos del Tratado *-treaty*

---

<sup>354</sup> HELMINEN 2010: p. 32.

<sup>355</sup> Los demás tratados, los principios generales del Derecho Internacional, la costumbre y el derecho de gentes también lo componen según lo indica la norma de reconocimiento prevista en el 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (en adelante ETIJ) DIEZ VELASCO 2007: p.116-118.

<sup>356</sup> Fuera de la primacía del *ius cogens* que prevé el artículo 53 de la CVDT, no existe un criterio de jerarquía entre las fuentes del Derecho Internacional, lo que supone que en caso de antinomias se deba acudir a los criterios de *lex posterior derogat priori* y norma especial prima sobre la general. Así lo ha puesto de presente el Tribunal Internacional de Justicia (en adelante TIJ) que indicó en sentencia de 12 de abril de 1960. Cfr. DIEZ DE VELASCO 2007: p. 119.

<sup>357</sup> vid. GONZÁLEZ, SÁNCHEZ & SÁENZ DE SANTAMARÍA 2008: p. 319 y ss. El autor referencia sentencias de la CPIJ y la CIJ que lo han puesto de relieve como CPIJ, Serie A/b, núm. 44; CIJ de 26 de abril de 1988. En cuanto a normas positivas estaría el principio General del Derecho Internacional de *pacta sunt servanda*, y la CVDT en su artículo 27.

<sup>358</sup> Cómo se verá, cuando no existe una regla clara que determine la prevalencia del Tratado en el orden interno, es posible que normas domésticas hagan ineficaz el Tratado. Estados Unidos de América y otros países del *Common Law* son más dados a desconocer los Tratados. Debe destacarse que la OCDE en 1989 expidió un Informe exhortando a los Estados a no incumplir los tratados a través de la expedición de normas que pasan por el legislativo o de la aplicación en casos concretos, pues ello viola el principio de *pacta sunt servanda* (Preámbulo y art. 26 CVDT) y el artículo 27 CVDT que no admite como excusa para el



*dodging*<sup>359</sup>, como ocurre, por ejemplo, cuando los *art.* 3.2 y 10.3 del MCOUDE son objeto de abuso por la ampliación, de mala fe, de las definiciones internas de los términos no definidos en el Tratado o, cuando se modifica la tributación de las rentas, de manera que reciban el mismo tratamiento tributario de las acciones a efectos de ampliar el concepto de dividendo convencional. Así mismo, una errónea interpretación de los tratados podría darse a través de una decisión judicial o administrativa de carácter particular, o incluso mediante una reglamentación del CDI.

Ahora bien, el artículo de dividendos contenido en los CDI también es derecho interno y debe aplicarse de forma coherente con las demás normas que hacen parte de tal ordenamiento<sup>360</sup>. Las relaciones entre la definición y el derecho interno, dependen, en primer lugar, de la recepción de los CDI en el ordenamiento de un Estado, asunto que más allá de las teorías del monismo y el dualismo, supone concretar la resolución de dos problemas:

- 1) Qué norma aplicar cuando hay antinomias entre reglas internas e internacionales; y
- 2) Si el Derecho internacional se aplica o no directamente, y en caso negativo, que proceso se debe seguir para que la norma internacional sea válida en el orden interno.

Estas preguntas encuentran las más variadas respuestas legales y jurisprudenciales en cada Estado<sup>361</sup>, que respecto de la segunda pregunta son clasificadas por la doctrina así:

---

incumplimiento de un Tratado, una norma del derecho interno. OECD1989: párr. 13 y aptdo. VI “Sugestions for Action” y Annex A “Recommendation of the council Concerning Tax Treaty Override”. El *treaty override* se puede dar de manera directa cuando una Ley deroga un Tratado o una decisión administrativa o judicial desconoce las obligaciones convencionales. A efectos de este trabajo es interesante destacar la Sección 894 del *Internal Revenue Code* estadounidense, que permite denegar los beneficios del Tratado para pagos realizados a través de entidades híbridas. Para una defensa del *treaty override* practicado por Estados Unidos vid. AVI-YONAH 2005.

<sup>359</sup> El término es utilizado por VOGEL 1997: explanatory notes no. 125; AGUAS 2003: p. 62; VILLANUEVA 2008: p. 1293.

<sup>360</sup> GONZÁLEZ, SÁNCHEZ & SÁENZ DE SANTAMARÍA 2008: p. 319; ROCHA 2009: p. 18 y ss.; CASTRO ARANGO (2012b): p. 27.

<sup>361</sup> En muchas ocasiones se ha distinguido entre las fuentes del Derecho Internacional para responder de forma distinta respecto de cada una de ellas. Es el caso de la costumbre internacional que en muchos Estados no se permite aplicar directamente. Un ejemplo de clasificación de tratados se encuentra en la Constitución colombiana que hace prevalecer en el orden interno únicamente a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (Art. 93). De otra parte, un ejemplo de una Constitución abierta a la recepción automática de todo tipo de normas internacionales era la alemana de 1919 que indicaba: “*las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional forman parte integrante del derecho alemán*”. Un análisis detallado del tema,

“recepción indirecta –cuando sea necesario un acto transformador del Legislativo para la incorporación- y recepción directa, cuando no sea necesario. A su vez, los sistemas de recepción directa podrán ser no automáticos –si es precisa una intervención administrativa interna, como la publicación – o bien automáticos cuando los órganos del Estado no intervengan de ningún modo para que se produzca la recepción.”<sup>362</sup>

Es en este punto donde aparece la primera pregunta, pues siempre que se aplica el Tratado como una norma interna, como cuando se aplica como Derecho internacional, la validez puede verse afectada por la derogación tácita o expresa que pueda operar sobre el CDI. Por lo general, esta derogación no es posible cuando hay *criterios jerárquicos* que dan primacía a las normas internacionales o, al menos, a algunas de estas<sup>363</sup>. Sin embargo, cuando no existen normas que estipulen tal jerarquía, pueden darse antinomias que son resueltas a través de distintos criterios como el de ley especial prima sobre la ley general y ley

---

refiriéndose únicamente a la clasificación de los tratados internacionales se encuentra en: JACKSON 1992: p. 310-340.

<sup>362</sup> FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ & ORTEGA 2004: p. 328 En igual sentido VOGEL & PROKRISCH 1993: p. 62 señalan: “Casi todos los estados que realizaron informes señalan la existencia de normas que trasponen los CDI al derecho interno y/o dan la misma validez que la legislación nacional. Tres grupos se pueden distinguir: en el primer grupo (Bélgica, Países Bajos, EE.UU.), los tratados internacionales se convierten automáticamente en una parte del derecho interno tan pronto como entre en vigor, sin la necesidad de una aprobación parlamentaria. En el segundo grupo (Alemania, Italia), los tratados internacionales, como tal, no tienen ningún efecto jurídico interno, sino que necesitan una aprobación legal - que, una vez promulgada, les confiere las mismas consecuencias que en el primer grupo. En el tercer grupo (Dinamarca, Israel, Nueva Zelanda, el Reino Unido) es necesaria una transformación de las disposiciones convencionales en la legislación interna los tratados, es decir, como tal, no tienen ningún efecto: es la norma respectiva del Tratado que debe ser respetado. Finalmente, ROHATGI sostiene que existen dos tipos de países: (i) Efecto directo: los tratados son auto-ejecutables y automáticamente se convierten en ley interna cuando son ratificados. El principio monista prevé que son obligatorios bajo la ley doméstica sin que haga falta legislación adicional (Ejemplos: Francia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España, Suiza.) En algunos países, requieren un acto formal o procedimental de la rama ejecutiva o legislativa para incorporarlos en la ley interna. (Ejemplos: Austria, Bélgica, Alemania, Estados Unidos.) (ii) Efecto indirecto: las disposiciones de los tratados deben ser promulgadas como parte de la ley interna y requieren de trámites legislativos especiales. Las Cortes no pueden hacer cumplir las disposiciones de los tratados hasta que sean "transformados" en ley, usualmente a través de acto legislativo o legislación delegada. Bajo esta doctrina dualista, usualmente es el Estatuto relacionado, y no el tratado, el que tiene autoridad legal bajo la ley interna. (Ejemplos: Australia, Canadá, Dinamarca, India, Israel, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, Reino Unido.) ROHATGI 2008: p. 33. Los CDI contienen un buen grupo de normas que son *self-executing* en cuanto que no requieren una normativa que los desarrolle. Ello al menos ocurre con las normas que distribuyen el poder de gravar de manera exclusiva a un Estado, la no discriminación, el procedimiento amistoso, las normas sobre el método para eliminar la doble imposición internacional, así como todas las que derivan derechos y obligaciones directamente. Cuestión distinta es lo que refiere CALDERON, quien especifica que las *normas de reparto* que indican que ciertas rentas “pueden ser sometidas a gravamen” en un Estado, no son *self-executing*. Ello resulta lógico si se tiene en cuenta que los CDI permiten a un Estado ejercer su poder tributario, pero el ejercicio efectivo de tal poder es un asunto interno. CALDERON 1997: p. 46.

<sup>363</sup> vid. art. 25 Ley Fundamental de Bonn, art. 55 Constitución Francesa; OECD 1989: párr. 15.

posterior *prevalece* [no deroga] ley anterior<sup>364</sup>. Otro es el *criterio de competencia* según el cual las normas de Derecho interno no pueden contravenir lo prescrito por un Tratado en tanto que no tiene competencia para hacerlo<sup>365</sup>. En ocasiones el ordenamiento previene las antinomias a través de las cláusulas de *reenvío*, como es el caso del artículo 20 del Estatuto Tributario colombiano que indica que el impuesto de renta y complementarios *se exigirá, salvo las excepciones especificadas en los pactos internacionales*.

Doctrinalmente se ha afirmado que los CDI tienen una naturaleza especial, según la cual, las antinomias de estos con los ordenamientos internos, no podrían ser evaluadas con los criterios generales, sino con criterios especiales que suponen el reconocimiento de un “micro-sistema fiscal”<sup>366</sup>, tesis que no puede ser compartida, pues si bien es cierto los CDI llevan como consecuencia que el proceso de aplicación evalúe las normas del Estado A, del Estado B y las matice con las del Tratado, no obstante, en el orden interno la Administración y los jueces están sometidos al imperio de la Ley y no a un mini-sistema fiscal del Tratado. Obviamente el CDI hará parte del concepto genérico de Ley (ley como norma) e incluso, por vía de la remisión de los artículos 3.2 y 10.3 MCOCDE la autoridad nacional podrá analizar los conceptos y el régimen tributario de la Ley interna del otro Estado. Empero, no sólo el Tratado es Ley<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> Críticas en: VOGEL 2006; vid. ROCHA 2009: p. 35-38. *In accordance with this line of reasoning, and focusing on DTCs, in the event the later law establishes the new regime applicable to all and any operation, for example, it is a plausible interpretation that the new law regulated entirely the matter contemplated in the earlier convention, referring to the taxation of the same operation with a specific country, ‘with a view to replacing one system by another, one entire set of rules by another’, in which case the application of the lex specialis criterion could be questioned [...] [or in a hypothetical situation] a law were enacted providing expressly that taxation would be altered, including those cases where Brasil has a convention to avoid the double taxation of income.*”ROCHA 2009: p. 38.

<sup>365</sup> GONZÁLEZ, SÁNCHEZ & SÁENZ DE SANTAMARÍA 2008: p. 338; GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2008: p. 149-164.

<sup>366</sup> GARCÍA NOVOA 2006: p. 8. En la misma línea CALDERON 2004: p. 171. Esta afirmación resulta ser algo deseable para todos los Estados, pero ciertamente acotada al ámbito tributario español.

<sup>367</sup> A nuestro juicio los aportes dados por los autores que defienden la naturaleza especial de los CDI han sido importantes para el desarrollo de la doctrina del DTI y para el cabal cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*, pues propugnan por la interpretación neutral. No obstante, encontramos varios inconvenientes a esta tesis. Desde un punto de vista práctico los ordenamientos internos explícitamente pueden solucionar las antinomias de otra manera, como lo hacen algunos países anglosajones. También puede ocurrir que el derecho interno exija una aplicación o interpretación de los tratados internacionales conforme a las leyes internas. Además, los CDI y la aplicación neutral o autónoma no siempre tienen que prevalecer. Dos ejemplos de cuando no debería prevalecer: i) cuando se vulnera un derecho del obligado tributario de acuerdo con el orden internacional. Esto en tanto que habrá que analizar la concordancia de las soluciones dadas por el postulado de interpretación neutral con los Derechos Fundamentales y con los principios del Derecho tributario de cada

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

Definido el encuadramiento de la definición de dividendos del art. 10.3 de los CDI dentro los sistemas normativos interno e internacional, el siguiente aspecto a analizar en el proceso aplicativo consiste en su interpretación, que es precisamente el objeto central de esta Tesis. Antes de entrar en los problemas hermenéuticos específicos que plantea la citada norma, es necesario destacar las posiciones que asumimos sobre los temas más relevantes de los debates que plantea la interpretación de esos tipos de Tratados. En esa línea, partimos de la base de que los parámetros contenidos en la CVDT son de obligatoria observancia<sup>368</sup> so pena de incumplir los Tratados<sup>369</sup>. No puede negarse que las normas internacionales

---

Estado. Esto es así porque tanto los Derechos Humanos como los principios del Derecho tributarios pueden ser considerados *ius cogens*, costumbre internacional o principios generales del derecho internacional. ii) Que la aplicación conforme a la neutralidad vulnere los derechos e intereses legítimos de un Estado en el plano internacional.

<sup>368</sup> La CVDT regula el “Derecho de los Tratados” y bien resulta aceptado que recoge la costumbre internacional que existe en torno a la cuestión hermenéutica. PIJL 1997: p. 140-141; ENGELEN 2004: p. 426 y ss.

<sup>369</sup> Así lo defienden entre otros, VOGEL & PROKISCH 1993: p. 66 y ss., VOGEL 2000: p. 612 y ss. RIVES RIVES 2003: p. 77 y ss.; ENGELEN 2004: p. 3 y ss.; Se han destacado ordenamientos donde las relaciones entre los tratados y el derecho interno supone que los primeros sean convertidos en normas domésticas que deben ser interpretadas como tal y sin atención a la CVDT. En estos casos la responsabilidad internacional puede surgir, aunque a efectos de controlar los riesgos de una planeación fiscal internacional será recomendable navegar en los caminos comunes de las reglas de interpretación interna e internacional. Aunque se piense que los criterios de la CVDT no prestan mucha utilidad ante los CDI o que las características especiales de estos últimos justifican la utilización de normas especiales de interpretación, la simple revisión de los trabajos que existen sobre interpretación de los CDI demuestra que la CVDT es el punto de partida de todo análisis y que, si permiten dar respuestas a varios problemas concretos. RIVES RIVES 2003: p. 81

requieren de la construcción de un lenguaje común que recoja la voluntad de los estados contratantes. Es por ello que de forma implícita los art. 31 y ss. de la CVDT parten de la idea de que el lenguaje debe ser común<sup>370</sup>, pues requiere interpretar de buena fe<sup>371</sup> y usar los métodos cuya síntesis ha de dar respuesta a una cuestión jurídica, no como una ciencia exacta, sino como un arte<sup>372</sup>. Dichos métodos son: el gramatical –“el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de tratado”-, el sistemático –“en el contexto”-, y el teleológico –“teniendo en cuenta su objeto y fin”-<sup>373</sup>. En suma, estos criterios deben sumarse y no preponderar uno sobre otro<sup>374</sup>.

Con ello, a mayor detalle en la regulación, menores problemas interpretativos se deben presentar<sup>375</sup>, de ahí que la ampliación de las definiciones en el propio CDI faciliten la interpretación. Es común, sin embargo, que ello se haga en documentos unilaterales como las explicaciones técnicas (*Technical Explanations* o *Memorandums*) que aparecen en sistemas como el estadounidense o el alemán. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la CVDT da preferencia a la interpretación objetiva (el texto) del Convenio o si se quiere, al sentido normativo del Tratado, por sobre la subjetiva (Intención de las partes)<sup>376</sup>, lo que se aprecia claramente en su art. 31 que deja en un segundo plano a los trabajos preparatorios del Tratado y las circunstancias de su celebración, que harían parte del método histórico de

---

<sup>370</sup> PÖTGENS & DE HEER 2012: pp. 54-61

<sup>371</sup> La buena fe es un criterio que orienta la actividad interpretativa del CDI, pues su cumplimiento se relaciona especialmente con el principio de *pacta sunt servanda*. Su carácter abierto ha permitido entender que la buena fe exige la efectividad de la interpretación –*effective interpretation ut res magis valeat quam pereat*–, esto es, que si existen varias respuestas posibles y una permite llegar a la aplicación apropiada del convenio y la otra no, deberá preferirse la primera. PIJL 1997: p. 541. La buena fe podría ser utilizada para fundamentar una prohibición de abuso del Tratado por parte de los particulares aunque sería sumamente complejo definir sus contornos en un escenario internacional.

<sup>372</sup> Yearbook of the International Law Commission 1966. Reports of the Commission to the General Assembly, Vol. II, p. 200. párr. 5 y 6.

<sup>373</sup> Como se aprecia se trata de los mismos métodos que existen en la filosofía y metodología del Derecho, así como en el Derecho interno, pero que contiene algunos matices.

<sup>374</sup> PIJL 1997: p. 539.

<sup>375</sup> SERRANO ANTON 2012: p. 54.

<sup>376</sup> Ello resulta apropiado para los tratados-norma, es decir, aquellos con efectos *erga omnes* y donde el carácter bilateral se desdibuja al otorgar derechos –en su mayoría- y deberes –por excepción- a sujetos que resultan de una u otra forma conectados con los estados firmantes.

interpretación<sup>377</sup>, al tiempo que descarta la importancia de documentos unilateralmente expedidos.

Así, el texto es el punto de partida de la interpretación y el límite a toda actividad hermenéutica<sup>378</sup>. Si el Tratado está redactado en dos o más idiomas la versión auténtica será prevalente y, en caso de que todas lo sean, se presume que tienen igual sentido y que ambas dan fe de la voluntad de las partes. No habrá mayores discusiones si el Tratado dispone o las partes convergen en la prevalencia de uno de los textos, pero cuando no sea posible probar dicha prevalencia y los art. 31 y 32 CVDT no permitan resolver el problema, “se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.” (Art. 33 CVDT). Dicho esto, el problema de la interpretación gramatical empieza en determinar cuáles son los significados posibles del texto, analizando, por ejemplo, los diccionarios generales y especializados, las legislaciones internas de los Estados contratantes, la doctrina colectiva como los trabajos de organizaciones internacionales, o la doctrina individual, para decidir posteriormente cuál de ellos debe prevalecer.

La CVDT se inclina inicialmente por el sentido corriente en un CDI –art. 31.1-, salvo que conste que las partes querían atribuirle un significado especial –art. 31.4-. Pues bien, el significado corriente se determina revisando el contexto del precepto objeto de interpretación o la determinación del lenguaje usado por la mayoría de los receptores de los mandatos del CDI<sup>379</sup>. Así, es posible admitir la existencia de un lenguaje fiscal internacional (*international tax language*) que puede ofrecer el significado corriente de los términos empleados en un CDI<sup>380</sup>, pues existe un estándar o, si se quiere, una base conceptual técnica que se condensa en las concordancias de los Modelos de Convenios y

---

<sup>377</sup> Ello es así pues a tales medios sólo se podrá acudir para confirmar el sentido de la interpretación conforme al art. 31 o para determinar el sentido cuando de conformidad con el recién citado artículo, el mismo sea ambiguo o reconduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

<sup>378</sup> LARENZ 2010: p. 316-320. Este autor fundamentándose en MEYER HAYOZ. vid. nota 17. En igual sentido y respecto de la interpretación de los CDI: ROCHA 2009: p. 83;

<sup>379</sup> Con ello, el “sentido corriente” no será siempre el significado vulgar de una palabra, pues de hecho, podrán serlo aquellos significados particulares asignados por un sector o profesión que adquieren una aceptación generalizada.

<sup>380</sup> Varios autores han defendido su existencia. Entre otros, VOGEL & PROKISCH 1993: p. 63; VAN RAAD 2001: p. 224; PROKISCH 1998: p. 103-110; VOGEL 2000: p. 612-616; VOGEL 1997: p. 37.

las coincidencias de los sistemas tributarios<sup>381</sup>, al menos de los estados involucrados. Cuando no existan tales concordancias habrá una pluralidad de significados, ninguno de los cuales puede reputarse como lenguaje fiscal internacional. Al tiempo, el significado corriente de un término, como podría ser el de dividendos en materia de Derecho privado, puede ser exceptuado expresamente por las partes a través de significados especiales que aparezcan en el propio CDI o sus Protocolos (art. 31.1 CVDT), pero no podría serlo por el mero hecho de que existan documentos unilaterales hechos por un Estado con ocasión de un Tratado.

En la mayoría de los CDI existe una definición de dividendos que se constituye en el significado especial a efectos del CDI y que prevalece sobre los significados de dividendos otorgados por el derecho interno mercantil y tributario. El concepto convencional suele seguir de cerca al art. 10.3 MCOCDE. La definición utiliza palabras que a su vez requieren ser dotadas de significado. Pues bien, de los distintos sentidos que pueden tener el término dividendos o las palabras que lo definen, los dados por el derecho interno de un Estado están subordinados al significado común o autónomo convencional. Por ello, la doctrina ha afirmado que “con el objeto de garantizar el significado exacto, un CDI debe ser visto de forma separada de los sistemas legales internos, y el significado de un precepto del CDI debe ser determinado sin referencia a ningún derecho interno”<sup>382</sup>, puesto que este último sólo debe ser tomado en cuenta “cuando nada más puede ser derivado del Tratado mismo”<sup>383</sup> y sólo como un medio complementario de interpretación según el art. 32 CVDT<sup>384</sup>. Ello encuentra asidero en que si bien el derecho interno puede ser contexto según la CVDT, en concordancia con el art. 2 del MCOCDE-impuestos comprendidos-, lo cierto es que el propio Modelo trae una norma de interpretación especial que exceptúa algunas de las reglas generales de la CVDT.

---

<sup>381</sup> La idea del lenguaje fiscal internacional sí puede resolver muchos problemas cuando se demuestre que el término significa lo mismo en los Modelos de Convenio o en las legislaciones internas y el CDI no se ha apartado expresamente de ese entendimiento. VOGEL & PROKISCH 1993: p. 16. VOGEL además argumenta que los términos usados en el MCOCDE de 1963 y sus respectivos comentarios son parte del lenguaje fiscal internacional. VOGEL 2000: p. 616.

<sup>382</sup> LANG 2010: p. 40.

<sup>383</sup> LANG 2000: Introduction, párr. 75, p. 41. En contra de esta posición VOGEL 1997: art. 3 no. 71.

<sup>384</sup> Así lo afirma la doctrina alemana vid. con las referencias ahí citadas: REIMER 1999: p. 471.

En particular, el art. 3.2 MCOCDE contraponen el “contexto” a la ley interna, pues si contexto fuese ley interna sería absurda la condicionante a la remisión al significado dado por la legislación doméstica<sup>385</sup>. De esta forma, el art. 3.2 del MCOCDE sólo puede ser entendido como una remisión excepcional a la legislación interna acotada a los términos no definidos, por medio del cual el Estado que aplica en segundo lugar tiene prohibido utilizar sus propias definiciones para dotar de significado a un término o expresión del CDI. Ello no quiere decir que el Derecho interno de este último Estado no sea relevante, pues de hecho, por lo general el mismo se ve limitado por el CDI. De manera que hay que distinguir el papel del derecho interno para determinar el significado corriente del Tratado y para fijar las limitaciones a la legislación doméstica<sup>386</sup>. Así, cuando no es posible que haya un significado autónomo contextual, el artículo 3.2 del Modelo permite el recurso a la legislación interna, con preferencia de la tributaria sobre la de Derecho privado. El precepto ofrece así alguna guía sobre uno de los problemas clásicos del Derecho tributario: la importancia de los conceptos jurídico-privados en el Derecho tributario; ratificando la idea de la dogmática del Derecho tributario más depurada, según la cual ante la ausencia de una definición autónoma tributaria, la del Derecho privado cobrará validez a efectos fiscales<sup>387</sup>.

Como ya se ha dicho, el punto de partida de toda “calificación jurídico-tributaria de un negocio o de una renta debe ser la propia naturaleza jurídica del negocio o de la transacción que genera el flujo de renta (o capacidad económica) sobre el que se proyecta la normativa tributaria”<sup>388</sup>, y la misma es marcada por la calificación que procede del Derecho privado. Sin embargo, esa validez no se predica si de una interpretación finalista o de la aplicación de una norma o doctrina anti-elusión tributaria no se debe atender a los conceptos

---

<sup>385</sup> El párr. 12 al art. 3.2 MCOCDE resulta ciertamente perturbador de lo que puede entenderse “contexto” pues nos indica que este puede ser las intenciones de las partes al momento de la firma del Convenio, así como por el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate...” y permítasenos citar hasta ahí para no incluir el mal ubicado tema de la reciprocidad. Como se aprecia es ilógico que la legislación interna se aplique “a menos que del contexto se infiera una interpretación diferente” y, valga la repetición, la legislación interna fuera contexto también.

<sup>386</sup> ENGELEN (2004: p. 471-481) sostiene que con o sin el art. 3.2 el derecho interno es siempre relevante al interpretar el CDI. Esto puede prestarse para confusiones, pues el Derecho Interno siempre es relevante porque el CDI se superpone sobre el Derecho Interno limitándolo, pero esa interacción no lo convierte relevante para la interpretación del CDI, más aún si lo que se busca es encontrar el significado autónomo del Tratado.

<sup>387</sup> Cfr. RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 30; BÁEZ 2009: p. 119.

<sup>388</sup> CALDERÓN 2012b: p. 7. En igual sentido se ha posicionado la jurisprudencia española. vid. por ejemplo, STC 146/1994 (Fj. 5) y STS de 11 de mayo de 2004. DELGADO 2004: p. 57 y ss.



mercantiles<sup>389</sup> y, por lo tanto, deba aplicarse un concepto tributario. Así, considerando que resulta difícil la determinación de las finalidades de las normas tributarias en general, y en especial de los CDI, no parece extraño que ZIMMER haya concluido que la mayoría de los Estados siguen significados jurídico-privados<sup>390</sup>. De todas formas, no puede perderse de vista que el término “dividendo” utilizado en los CDI viene definido expresamente en los mismos, con lo cual, no resultaría válido asumir que todo lo que según el Derecho privado sea dividendo, lo es también para el Tratado, pues este es un caso típico de un concepto autónomo tributario, que además es convencional y, por lo tanto, hace parte del ordenamiento internacional que tiene finalidades independientes.

Ahora bien, los vocablos que se utilizan para definir dividendos en el Modelo no son descritos, por lo cual, el interprete ha de buscar el significado autónomo, partiendo del lenguaje común y tomando el contexto del CDI del que habla la CVDT, y que restringe el art. 3.2 del MCOUDE a que de ninguna manera incluya la legislación interna, y sólo cuando no se llegue a un resultado claro podrá acudir a las definiciones contenidas en el Derecho interno<sup>391</sup> del Estado que aplica el Tratado en primer lugar. Por ello, no podríamos estar de acuerdo con que el significado ordinario de un término sea el utilizado en el derecho interno y que, sobre esa base, se indique lo cierto, que la carga de la prueba del significado especial recae sobre quien lo alega; y se concluya lo errado, que la existencia de un lenguaje fiscal internacional debe ser probado por quien lo alega<sup>392</sup>. No queremos decir que dicho lenguaje se presuma que existe, sino que en realidad el significado será autónomo (siendo lenguaje fiscal internacional o no) a menos que el Estado que aplica en primer lugar el Tratado *justifique*<sup>393</sup> que no ha sido posible hallar el mismo, y que por ello procede a usar su definición interna. Esta interpretación que se sostiene con base en la frase “a menos que” puede evitar el facilismo de aplicar la ley interna y generar así un conflicto de calificación

---

<sup>389</sup> CALDERÓN 2012b: aptdo.: 2.

<sup>390</sup> ZIMMER 2002: p. 25-28. Sobre esto destaca que en Canadá la Corte Suprema declaró que ante la inexistencia de una norma anti-elusión y sin comprobarse en juicio los elementos de la simulación, los conceptos de derecho privado prevalecen sobre los fiscales. En la misma línea RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 27.

<sup>391</sup> HEINRICH & MORITZ 2000: p. 142-152.

<sup>392</sup> ENGELEN 2004: p. 473.

<sup>393</sup> Podría pensarse que la exigencia fuera de probar, pero ello ciertamente sería desproporcionado pues obligaría, contra toda lógica, a probar algo negativo –una negación indefinida–.

(en sentido amplio). En todo caso, nada obsta para que siguiendo ese *iter*, los vocablos que se utilizan para definir dividendos en los CDI encuentren un significado mercantil.

Se suele aceptar el art. 10.3 MCOCDE incorpora un significado inicialmente autónomo convencional y una remisión a la legislación interna al Estado de la fuente de los dividendos, que sería residual según reconocida doctrina<sup>394</sup>. Para el significado autónomo es necesario indagar por todo el lenguaje común -de Derecho internacional tributario- que se esconde en esas palabras. Así, la CVDT exige que de los significados posibles se asuma el que resulte más acorde con el contexto, esto es, los elementos gramaticales que rodean a una palabra, siguiendo con el resto del Tratado (contexto intrínseco), así como el resto del ordenamiento jurídico internacional (contexto extrínseco) al que la CVDT restringe a los acuerdos que se refieran al Tratado y hayan sido concertados entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo (art. 31.1.a) o los instrumentos hechos por una parte y aceptados por la otra parte como instrumentos referentes al Tratado (art. 31.2.b)<sup>395</sup>. Además, habrá que considerarse el contexto ampliado, dentro del cual se incluye a “toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3.c CVDT), así como “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del Tratado o de la aplicación de sus disposiciones” (art. 31.3.a CVDT) y “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” (art. 31.3.b CVDT). El contexto ampliado tiene un valor restringido a nivel de Derecho internacional público, pues para que se trate de un acuerdo deben surtirse los procedimientos de celebración y ratificación de tratados, y es poco probable que la mera práctica consolide efectos normativos internacionales. A nivel interno el contexto ampliado se encuentra mucho más limitado, considerando que puede

---

<sup>394</sup> Por el momento: VAN DEN TEMPEL 1967: p. 42; VOGEL 1997: p. 649; RUIZ GARCÍA 2004: p. 525; AVERY JONES et al 2009: p. 5-45.

<sup>395</sup> La interpretación sistemática que exige la CVDT comprende el análisis del contexto y del contexto ampliado. El primero permite hallar el significado corriente u ordinario, pero además exige al intérprete ver el sistema, esto es, analizar intrínsecamente al Tratado empezando por los elementos gramaticales que rodean a una palabra, siguiendo con el resto del tratado, lo que incluye su protocolo y anexos, así como considerando elementos extrínsecos: el ordenamiento jurídico internacional. Dentro de éste último la CVDT sólo se refiere como contexto extrínseco a aquellos acuerdos que se refieran al Tratado y hayan sido concertados entre todas las partes con motivo de la celebración del Tratado (art. 31.2.a CVDT), o instrumentos hechos por una parte y aceptados por la otra parte como instrumentos referente al Tratado (art. 31.2.b CVDT). ROCHA 2009: p. 87-89. ENGELLEN 2004: p. 220.

contravenir el principio de reserva de ley tributaria previsto en las Constituciones. De ahí que los citados literales a) y b) del art. 31.3 no puedan ser una carta abierta para desarrollo administrativo por parte de las autoridades de los Estados contratantes<sup>396</sup>. Además, el uso de otros tratados de un Estado para interpretar contextualmente un CDI (*pararell treaties*) no parece del todo apropiado<sup>397</sup>.

El art. 3.2 del MCOCDE exige que el significado de contexto que trae la CVDT sea más flexible, al requerir que se consideren todos los elementos de interpretación que develen la intención de las partes<sup>398</sup> sin importar si estos están subordinados en esa normativa, antes que remitirse al derecho interno. Así, los medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios del Tratado y las circunstancias de su celebración<sup>399</sup>, tendrían un rol más amplio, pues no solo se podría acudir a ellos “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a. deje ambiguo u oscuro el sentido; o, b. Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.” (art. 32 CVDT) En definitiva, ha de preferirse el significado autónomo, aunque, es evidente que este puede no ser unívoco, ni sea fácil probar su existencia, debido a que en ocasiones los Estados no están de acuerdo con el contexto relevante.

Los CMOCDE pueden prestar utilidad para solucionar problemas hermenéuticos<sup>400</sup>, pero no son admitidos sin discusión cómo criterios interpretativos prevalentes. Aunque no sea nuestro objeto exponer y discutir la extensa literatura que existe sobre este punto<sup>401</sup>, es

---

<sup>396</sup> LANG 2010: Introduction, párr. 67-71, p. 37-40.

<sup>397</sup> Aunque el análisis de otros CDI puede resultar útil en el proceso hermenéutico, su uso debe darse con cautela, pues la naturaleza de los CDI es a tener efectos *inter partes* ya que responde a una negociación particular y concreta. ROCHA, p. 127. Hay que aclarar que aunque algunos autores consideran que los demás tratados hacen parte del derecho interno del Estado y por tanto pueden entenderse comprendidos dentro de la remisión que hace el art. 3.2 MCOCDE (GARCÍA NOVOA 2006: p. 55), lo cierto es que tal posición envuelve una contradicción con el entendimiento de los CDI como normas de naturaleza internacional con efectos *inter partes*.

<sup>398</sup> Así se manifiesta el párr. 12 al art. 3.2 del MCOCDE al indicar que la intención de las partes en el momento de la firma del Convenio es contexto.

<sup>399</sup> PIJL, p. 542. Este autor insiste que contar con estos materiales permitiría evitar mejor la doble imposición internacional que es el objetivo de los CDI.

<sup>400</sup> párr. 2, Introduction, MCOCDE.

<sup>401</sup> vid. CASTRO 2011b con la bibliografía ahí citada. *Inter alia*: VOGEL & PROKRISCH 1993: pp. 55-85; ENGELEN & DOUMA: 2008; ROCHA 2009; En el ámbito español: RIBES RIBES 2003; ZORNOZA 2009.

menester señalar que los modelos de convenio de la OCDE y de la ONU con sus respectivos Comentarios no tienen ningún poder vinculante y sólo son recomendaciones a los Estados<sup>402</sup>, aún cuando los propios CDI se remitan a esos documentos<sup>403</sup>. Su papel se da en términos interpretativos y se ha sostenido que pueden ser lenguaje fiscal internacional, aunque esto último no puede aceptarse de forma genérica, pues si bien se trata de documentos que condensan una evolución histórica en la materia, no todos los países han participado en la creación de dicho lenguaje, ni se puede decir que tengan un significado decantado e invariable desde su creación<sup>404</sup>. Sin embargo, en principio puede aceptarse que los Modelos OCDE y ONU suelen ser la base de negociación de los CDI y por lo tanto deben ser considerados en primer orden para encontrar el lenguaje común hablado por las partes. Lo dicho supondrá que no tendrán relevancia los Comentarios cuando el CDI se separe de la redacción del Modelo, se plasmen aclaraciones en el Tratado, o de otros materiales históricos se pueda inferir que el significado pretendido por las partes era distinto. En consecuencia, los Comentarios al Modelo son una fuente de consulta insoslayable, aunque no deban tener una preferencia automática sobre otros materiales, ni deban relevar al intérprete de buscar otros elementos, ni de usar los demás métodos de

---

<sup>402</sup> AVERY JONES et al 2006c: p. 3-7. El propio Tratado de la OCDE de 1960 en su artículo 6 indica que no son vinculantes las decisiones hasta que hayan cumplido con los procedimientos constitucionales internos, lo cual no ocurre ni con el MCOCDE ni con sus comentarios. Además, el propio MCOCDE reconoce que los comentarios no están diseñados para ser anexados y, paradójicamente, a pesar de su naturaleza no vinculante se auto reconocen como no vinculantes PIJL 1997: p. 545. Del MCONU se puede decir lo mismo pues se trata de un simple modelo cuyos comentarios reflejan la opinión del Grupo de Expertos, pero no el consenso de la Asamblea General ni del Consejo de Seguridad. El párrafo 2 del prefacio de la versión de 2001 del MCONU contiene un mandato que no tiene ningún valor. Se indica: “cada artículo (...) toma la forma de un posible texto del artículo de un tratado. Además, cada artículo es seguido por observaciones que resumen las discusiones relevantes del Grupo de Expertos, mencionando las decisiones tomadas e indicando la manera en la cual los preceptos del artículo deben ser interpretados.”

<sup>403</sup> No podría pretenderse con esta remisión darle un papel normativo a los Comentarios, pues ello llevaría a la contradicción de que los negociadores del Tratado pretendían con ello vulnerar principios contenidos en la Constitución Política, tales como la reserva de ley tributaria y la división de los poderes públicos. HORALÁ I VALLE 2007: p. 112. Algunos CDI incorporan cláusulas de contenido igual o similar al siguiente: “Se entenderá que de aquellas disposiciones del Convenio que estén redactadas siguiendo las disposiciones contenidas en el Convenio Modelo de la OCDE sobre la renta y sobre el patrimonio cabe esperar, en términos generales, que tengan el significado recogido en los Comentarios de la OCDE sobre las mismas. Los Comentarios, con las revisiones que puedan hacerse cuando corresponda, constituyen un método de interpretación en el sentido de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.” España-Bosnia Herzegovina 2010; Otros CDI, España-Croacia 2006; España-Costa Rica 2011. Otros como el de España y Cosa Rica indican que “las disposiciones de este Convenio se interpretarán de acuerdo a los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE, en su edición de 2003.” Se ha entendido que esta referencia incluye las observaciones de España a los comentarios.

<sup>404</sup> Sobre la Discusión ver: BAKER 2000: párr. E-19; ROCHA 2009: p. 135;

interpretación<sup>405</sup>. En todo caso, no encuadran dentro los elementos del contexto o contexto ampliado que recoge la CVDT<sup>406</sup>, ni son un significado especial. Dado que no tienen más valor que el de sus argumentos, el problema de la interpretación dinámica y estática que ha agotado a la doctrina carece de objeto como con impecable lógica destacan los profesores ZORNOZA y BÁEZ<sup>407</sup>, pero que también demuestra que es difícil probar la existencia de un lenguaje fiscal internacional y un contexto que claramente permita solucionar las cuestiones problemáticas.

La interpretación teleológica y sistemática sugiere el recurso a los principios y valores, siempre que su resultado se enmarque en el sentido posible de las palabras<sup>408</sup>, aunque debe reconocerse que tratándose de las definiciones previstas en los CDI ello resulta en una

---

<sup>405</sup> LANG 2010: párr. 86, p. 43.

<sup>406</sup> Posición distinta la de algunos autores que indican que cuando el CDI no defina un término y los comentarios vigentes a la firma del Tratado sí, deberá aceptarse dicho significado pues se trata del contexto. AVERY JONES el al 2006c: p. 3-7. En nuestra opinión no son contexto porque no se trata de un acuerdo hecho en conexión con el CDI concreto, los comentarios no se refieren en específico a los tratados de un Estado, ni se formulan con motivo de la celebración del Tratado y, en cualquier caso, no se aprecia que claramente sean aceptados por los estados parte, pues aunque se puedan hacer reservas a los comentarios, estas no son reservas a un Tratado multilateral(nuestra posición se basa en AVERY JONES 1984: p. 99) sino un comentario sobre otro comentario que se sabe no es vinculante y que no tiene el más mínimo valor normativo, como hemos dicho. En efecto, los comentarios no pueden ser un “acuerdo” en los términos del art. 31.3.a) de la CVDT pues no son un Tratado según se define en el art. 2.a) *ibidem.*. LANG 2000: p. 17. A nuestro juicio los comentarios no son contexto ampliado porque aprobar la existencia de los comentarios no es una práctica en sí, y si lo fuese, no es relativa al tratado. Además, debido al principio de reserva de ley tributaria la competencia de las autoridades para configurar una “práctica ulterior” en los términos el art. 31.3.b) está restringida. LANG 2000: p. 18.

<sup>407</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2013: p. 700. Sobre la discusión vid. ROCHA 2009: p. 137. La OCDE indica que los comentarios posteriores a la firma de un convenio pueden prestar utilidad interpretativa para la administración y para los obligados tributarios, pero ello no puede llevar a que con los comentarios de una modificación al articulado del modelo se pretenda interpretar el anterior texto (introducción párr. 33-36-1). Esta posición así entendida es razonable, pues los nuevos comentarios son entonces un elemento más de interpretación a tener en cuenta en la labor hermenéutica. Si lo que se pretende es atribuir un significado que excede de la literalidad no podrán ser admitidos, como tampoco lo serían si fueran previos a la negociación de un CDI. Sin embargo, alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia, partiendo de asignarle algún valor a los comentarios han afirmado que sólo los comentarios anteriores a un Tratado pueden son indicativos de la intención de las partes. p.ej. AVERY JONES 2002: p. 102. Dentro de la literalidad es posible que el significado atribuido en la versión sobre la cual se negoció un CDI varíe significativamente del que se pretende atribuir en los comentarios posteriores. En este caso la misma diferencia de significados será prueba de la inexistencia de un lenguaje fiscal internacional, pues si bien históricamente se podrá probar la intención de las partes o la voluntad del legislador al momento de celebración del tratado, la modificación dará muestra de que la norma objetivamente ha adquirido una vida propia y que es posible escindirla de la voluntad del legislador o de las partes. La preferencia por uno u otro significado dependerá de los demás métodos de interpretación pero como materiales de interpretación tendrán el mismo papel. Sería un error metodológico obviar la existencia de los comentarios anteriores y aplicar sin más los comentarios más recientes. LANG 2010: párr. 92-104; p. 45-48.

<sup>408</sup> El criterio finalista permite justificar un resultado de una interpretación gramatical, pero no supone la creación de normas o integración: no es analogía. LARENZ 2010: p. 318 y ss.

metodología etérea y probablemente inútil, teniendo en cuenta la dificultad de encontrar aquellos que siendo comunes para todos los ordenamientos jurídicos involucrados resulten aplicables a un mismo hecho, acto o negocio susceptible de imposición<sup>409</sup>. En muchos casos concretos no se puede fijar un estándar de capacidad contributiva internacional y, cuando se logre, la posible existencia de fines extrafiscales siempre sembrará dudas. Así, desde un punto de vista abstracto, la única finalidad de los CDI es la distribución de la potestad tributaria<sup>410</sup>, de manera que la eliminación de la doble imposición o de la no imposición, la prevención del fraude y elusión fiscal, la eliminación de la discriminación fiscal, la promoción las relaciones económicas entre los Estados y, permitir la asistencia y cooperación entre las administraciones parecen estar limitadas al mero alcance de las normas que un Tratado concreto prevea<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Si bien es cierto que la interpretación y aplicación del concepto de convencional de dividendos puede venir afectada por los principios generales y la costumbre internacional en materia tributaria, lo cierto es que en relación con la existencia y alcance de estas últimas fuentes del Derecho hay que ser cautelosos. Resultaría sencillo afirmar que un ejemplo de costumbre internacional en materia tributaria es la exención de miembros diplomáticos o, tal como lo refiere VOGEL, la regla que permite a los Estados gravar una transacción económica extranjera cuando haya una conexión suficiente entre el obligado tributario y el Estado. Además, que el Derecho Internacional prohíbe los actos de soberanía de un Estado en el territorio de otro, a menos de que exista un acuerdo de cooperación internacional (de recaudación, de intercambio de información, etc.) dentro de los marcos constitucionales de los Estados. Sobre el papel normativo de los principios ver. MONTAÑO 2005: p. 31 -34, TIJ, Recueil, 1996: párr. 226; y CIJ Recueil, 2004; párr. 89 citado por DIEZ DE VELASCO 2007: p. 124. Aunque no es un tema decantado, actualmente existen algunos estudios acerca de los principios generales de Derecho Internacional Tributario y de la costumbre internacional tributaria que no parecen tener mucho fundamento como el defendido por AVY-YONAH de una sola tributación y del beneficio (las rentas activas deben ser tributar ante todo en la fuente y las pasivas en la residencia) AVI-YONAH, 2007. Sin embargo, ciertamente hay algunos ejemplos que podemos dar. Delos principios, lo sería el de reserva de ley que aparece ligado a la democracia y se extiende a la mayoría de los Estados, confirmando una concordancia jurídica entre los pueblos. Así mismo, lo serían los Derechos Humanos que cobran cada vez más importancia en materia fiscal pues su protección debe “puede jugar un papel fundamental en la era de la globalización económica y legal, puesto que no sólo la protección de bases imponibles de los estados es un interés protegible dentro del contexto actual, también lo es la protección de los derechos humanos de los obligados tributarios” KOFLE& PISTONE 2011: p. 10-11.

<sup>410</sup> De forma similar DE BROE 2008: p. 327. Podría decirse que existe una finalidad ideal de los CDI y es el justo reparto de los ingresos fiscales entre los Estados. Esto no se da todos los convenios. En realidad, la finalidad que si puede ser constatada, y a nuestro juicio la principal, es la de repartir la recaudación tributaria potencial entre los Estados contratantes. En el fondo existe un problema de repartición de la potestad tributaria cuando los flujos de negocios e inversiones no es reciproco, como sucede en el caso de CDI celebrados entre Estados desarrollados y en vía de desarrollo. Esto hace que las consideraciones de justicia no cumplan un papel relevante en la práctica, aunque hay instituciones creadas por la doctrina para equilibrar los CDI. Es importante mencionar en ese sentido las variaciones que incorpora el MCONU, las cláusulas *matching credit* y las de *tax sparing*. Cfr. ROCHA 2010: p. 10.

<sup>411</sup> Los principios del DTI pueden abstraerse de los principios y valores que ordenan tanto el Derecho tributario como el Derecho Internacional Público, especialmente de los Derechos Humanos. Ahora bien, en relación con las finalidades del CDI, el título y el preámbulo pueden dar luces de los propósitos. En general la doctrina señala diversos objetivos de los CDI (SERRANO ANTON 2010: p. 259) que prestan poca utilidad a efectos de la interpretación teleológica o que no tienen mayor fundamento, por ejemplo, resulta impropio

El principio de abuso del Derecho, elusión o fraude fiscal se ha tratado de fundamentar en el hecho de que es un principio general del Derecho de las naciones civilizadas, y el artículo 31 de la CVDT exige interpretar de buena fe los CDI. De hecho, en buena medida este principio es la base para el denominado *guiding principle* que permite construir el estándar convencional de abuso según los CMOCDE y que se analizará más adelante. Sin embargo, los contornos del citado principio son poco claros gracias a la dificultad de definir los parámetros de conducta no abusiva<sup>412</sup>. La buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho son parámetros que ya son difíciles de concretar en el ámbito de un Estado, y que en el plano internacional resultan perfectamente indeterminados<sup>413</sup>. Y es que la elusión o fraude fiscal internacional requiere medidas normativas expresas, por lo cual, el acudir a abstracciones como los fines o valores es, las más de las veces, un error del aplicador que puede confundir con elusión, situaciones legítimas de planificación fiscal internacional<sup>414</sup>. De hecho, la “doble no imposición” se puede producir por diversas razones y su evitación no es tampoco un objetivo del CDI<sup>415</sup>,

---

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

<sup>412</sup> En igual sentido JIMÉNEZ MARTÍN & RODRÍGUEZ-RAMOS 2011: p. 69-71 entre otros autores ahí citados.

<sup>413</sup> VOGEL por ejemplo ha dicho que la prevalencia de la sustancia sobre la forma sería el contenido de tal principio internacional, aunque como bien lo ha apuntado la doctrina, dicha afirmación no dice nada nuevo, pues es meramente una descripción del resultado de la aplicación de la norma anti-elusión y, no contiene pues, ninguna aclaración sobre las condiciones para delimitar el abuso. vid. ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 48.

<sup>414</sup> LANG 2004: p. 117 y ss.; LANG 2010: párr. 74, p. 40;

<sup>415</sup> LANG 2010: párr. 74, p. 40. Este autor ha analizado la doble no imposición en distintos trabajos donde se resalta el siguiente: LANG 2000: p. 29-30; LANG (2004: p. 119) sostiene: “No existe ninguna norma actualmente que de alguna forma pueda ofrecer unan protección efectiva contra la doble tributación en casos inversos. Como consecuencia, el MCOCDE y sus comentarios están siendo acusados de carecer de un balance. En todo caso el Comité de asuntos fiscales de la OCDE todavía no ha establecido un complemento a

como lo argumenta el Informe sobre tributación de las *Partnerships* del año 1999<sup>416</sup>, aunque desde una perspectiva económica y de política fiscal sería deseable que el concepto de dividendo en los CDI no generara una “doble no imposición” internacional, al tiempo que promoviera la eficiencia a través de la neutralidad. Mientras que no se adopten medidas internas o convencionales que ataquen específicamente a esas situaciones, como lo son las cláusulas “subject to tax”<sup>417</sup>, o el apartado 4 del art. 23 A MCOCDE, el resultado será un ahorro fiscal legítimo.

Ante la ausencia de contexto y por la misma imposibilidad de concretar el contenido de los principios generales del Derecho internacional, cuando no su existencia, el concepto inicialmente autónomo se permea por la legislación interna, ya que el CDI puede contener remisiones tácitas, como ocurre cuando los preceptos que alejándose del MCOCDE, tienen una redacción similar a la prevista en el derecho interno de un Estado contratante. En estos casos el derecho interno puede tener valor de contexto<sup>418</sup>. Además, existen remisiones expresas, porque si se sigue el art. 3.2 MCOCDE, los términos “rendimientos”, “acciones”, “acciones o bonos de disfrute”, “partes de minas”, “acciones de fundador”, “derechos de crédito” o “participaciones sociales” no son definidos por el tratado, por lo cual, “a menos de que de su contexto se infiera una interpretación diferente” tendrán el significado que le asigne la legislación tributaria interna y subsidiariamente aquella con contenido no tributario. Además, la remisión contenida en el art. 10.3 del Modelo exige que se consideren como dividendos a efectos convencionales aquellas rentas de otras participaciones sociales que estén sujetas al mismo tratamiento tributario de las acciones en el Estado de la fuente. De forma análoga, los términos “sociedad” -del que deriva “otras participaciones sociales”- y “residencia”, en los cuales se fundamenta la definición

---

las provisiones del procedimiento amistoso. Antes de la deliberación sobre futuras normas para la prevención de la doble no imposición, es necesario asegurar la elemental protección legal de los contribuyentes con el objeto de mantener un balance en la convención, el cual se refiere no sólo a la relación entre estados, sino también la relación entre las autoridades tributarias y los contribuyentes.” SCAPA & HENIE 2005: p. 266-284; XAVIER 2005: p. 227. ROCHA 2009: p. 9.

<sup>416</sup> OECD 1999: párr. 44, 52 y 109.

<sup>417</sup> LANG 2000: p. 29-30.

<sup>418</sup> LANG 2010, Introduction, párr. 79-80, p 42-43; párr. 83, p. 43. En relación con las remisiones expresas: HARUN OGUTU 2008: p 269-272; REIMER 1999: p. 471. Además, la referencia a los obligados tributarios y a la base imponible son generalmente entendidas de acuerdo con el derecho interno (LANG 2010: párr.78, p. 42)



autónoma de dividendos, son entendidos de acuerdo con la legislación interna, según lo indican los artículos 3.1 y 4 del Modelo, como se analizará en profundidad posteriormente.

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

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI**

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

dividendos, que es una entidad residente en el otro Estado contratante. Dicho esto, la historia puede ser dividida en dos momentos: el antes y el después de la existencia de una definición de dividendos similar a la prevista en el art. 10.3 del Modelo.

## **2.1. INEXISTENCIA DE UNA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS SIMILAR A LA PREVISTA EN EL ART. 10.3 MCOCDE**

### **2.1.1. LOS PRIMEROS CONVENIOS Y NORMAS ARMONIZADORAS DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA**

Es difícil abordar el estudio histórico de instituciones legales, no sólo porque sus antecedentes pueden haberse desarrollado en cualquier parte del mundo, en cualquier época y no haber sido descubiertos hasta ahora<sup>419</sup>, sino también porque su evolución obedece a un conjunto de circunstancias políticas y económicas cuya importancia no siempre es bien medida por los investigadores jurídicos. Por ello, debe destacarse desde ahora que este apartado se limita a retomar los elementos que empiezan a definir a los dividendos desde los primeros convenios reconocidos por la literatura más relevante, obviando una descripción detallada de dichos tratados y de los factores que dieron lugar a la creación de la red de convenios de doble imposición<sup>420</sup>. En consecuencia, la finalidad de un estudio histórico como el que se hace en este trabajo no puede ser distinta a la de buscar los elementos que permitan soportar las posiciones en torno a los problemas interpretativos que plantea la definición de dividendos prevista en los CDI contemporáneos. Ello porque, si bien los tratados tributarios están regidos por el *pacta sunt servanda* y la intención de las partes no tiene mayor relevancia para determinar el sentido de su texto, ni se podría sostener que los documentos históricos del desarrollo de los modelos son *travaux préparatoires* para la CVDT<sup>421</sup>, no debe descartarse la historia de las instituciones de la fiscalidad internacional en que se fundamenta la negociación de los acuerdos, ni tampoco la historia que está detrás de los textos contenidos en los modelos en que se basan los CDI, pues en ellos usualmente puede encontrarse el entendimiento común que se le da a los

---

<sup>419</sup> Las Naciones Unidas ha compilado los tratados en materia tributaria celebrados desde 1843 hasta 1951 y es un punto de partida fiable. UNITED NATIONS 1951.

<sup>420</sup> vid. JOGARAJAN 2011: pp. 679-707.

<sup>421</sup> En otras palabras: no podría decirse que los documentos históricos de los Modelos hicieron parte de los trabajos de preparación de un CDI concreto.

términos utilizados y las formas de resolver los conflictos entre las normas internas y los Tratados<sup>422</sup>.

El punto de partida de nuestro análisis lo hemos fijado en el Tratado entre Prusia y Sajonia de 1869 puesto que recientes estudios demuestran como sienta las bases generales de los posteriores convenios, ya que incorpora las reglas, aún válidas, de tributación en la residencia por principio general, la excepción de tributación en la fuente de los impuestos que recaen sobre la tierra y sobre las actividades empresariales ejercidas en una jurisdicción<sup>423</sup>. El citado Convenio debió haber tenido una influencia recíproca con la Ley de la Alemania Imperial para eliminar la doble imposición (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) de 13 de mayo de 1870, la que a su vez sirvió de base para la elaboración del Tratado celebrado entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia del 21 de junio de 1899, considerado por muchos como el primer CDI comprensivo<sup>424</sup>. El ámbito objetivo de aplicación de los citados tratados y de la Ley de la Alemania Imperial recaía, al mismo tiempo, sobre unos gérmenes de impuestos personales de renta como los conocemos hoy en día, y variados tributos que consideraban la fuente de la renta.

La historia del impuesto sobre la renta en España es una muestra del proceso que se vivió de forma más temprana en Francia y el Imperio Alemán. Como se sabe, desde un primer momento las actividades empresariales estaban sujetas a gravamen bajo la imposición real,

---

<sup>422</sup> Esta misma conclusión puede apreciarse en: FRIEDLANDER & WILKIE 2006: p. 907 y ss. Para VANN la importancia que tienen los argumentos históricos en el *Common Law* son fundamentales, como también lo son en materia de los CDI. Para autor australiano, tratar de comprender la historia antes de embarcarse en un análisis más general tiene relevancia en términos teóricos, de interpretación y de política fiscal. VANN 2011: p. 11.

<sup>423</sup> Las categorías que trae son: residencia, rentas de trabajo, propiedad inmueble, beneficios empresariales y servicios gubernamentales. HATTINGH 2013: p. 31 y ss. Es interesante este estudio porque justifica la importancia del Tratado entre Prusia y Sajonia, en la medida en que la mayoría de autores dan por descontado que los principios de los tratados se asientan en el Convenio entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia.

<sup>424</sup> El contexto de la regulación se explica porque en el imperio alemán los *Länder* y los *Gemeinde* tenían un alto grado de independencia y poderes, dentro de los cuales estaba la imposición directa. A la par, se vivía un crecimiento de las operaciones económicas en varias jurisdicciones. Ante los problemas derivados del solapamiento de los poderes tributarios, la Federación alemana interviene afrontando por primera vez de forma seria la cuestión de la doble imposición. vid. HARRIS 1999: p. 8. El Tratado entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia del 21 de junio de 1899 ha sido reconocido por la doctrina como el primer Convenio internacional de doble imposición comprensivo, y del cual se derivan los principios que guiarían la evolución del derecho internacional tributario hasta nuestros tiempos. Entre otros, PRATS GARCÍA 1996: p. 31; MAY 2011: p. 419; JOGARAJAN 2011: p. 679 y ss. Aunque como vimos, hay antecedentes más remotos.

de forma que el tributo no miraba a quien obtuviese el ingreso. Esto llevó a preguntarse qué ocurría cuando el negocio era desarrollado por una sociedad y ésta con posterioridad distribuía dividendos, ¿Existían dos actividades empresariales gravadas o sólo una? A la par, una vez se empiezan a introducir impuestos personales sobre la renta, varias preguntas paralelas emergen ¿Dónde debe gravarse al sujeto al que se le atribuye la renta? y ¿Qué relación tiene la imposición de producto y el impuesto personal sobre la renta?

La Ley del Imperio Alemán se enfrentó precisamente al problema de determinar quién es el titular de las actividades empresariales, pues a pesar de que dicha normatividad no contenía una regla específica sobre los dividendos, fue necesario resolver judicialmente la tributación a la que se veían sometidos los mismos. De hecho, la Corte Administrativa del Gran Ducado de Baden en Sentencia del 7 de abril de 1886 estableció que si la sociedad ejerce un negocio, su renta es distinta a la de los socios, con lo cual, estos últimos no realizan una actividad empresarial en el otro Estado. Al mismo tiempo, sostuvo que los dividendos por sí mismos no eran un rendimiento por una actividad empresarial, todo lo cual llevaba a que las distribuciones resultaban gravadas en la residencia y no en la fuente<sup>425</sup>. Como consecuencia, esta regla básica solucionaba la doble imposición jurídica,

---

<sup>425</sup> Alemania, Criminal Division, Judgment of 26 February 1883. R. No 3084/82. “The personalities of the legal subjects the limited corporation and its individual shareholders as well as their assets are not identical. The limited company is in itself an independent person from the personality of individual shareholders, is a separate legal entity and the assets of the former are legally and in fact specifically distinct pursuant to article 213 of the Commercial Code. The individual shareholder does not have joint ownership nor any other direct right to the assets of the company and the same is true for his involvement with the company apart from its merchantable quality, nor is it he who drives the subject matter of the company that constitutes the business. § 1 of the Imperial Law of 13 May 1870 establishes the principle that a German person may only be assessed for direct State taxes in the federal State in which he has his place of residence. In § 3 the exception is allowed for the ownership of land, the operation of a trade and the income arising from these sources to be taxed only by the federal States in which the property is located or the business is operated. The law thereby contemplates all the modalities of direct taxation. § 3 is strictly an interpretive exemption as can be seen from the tendency of the law, the motivation for § 3, the debates in the Imperial Parliament and lastly as undoubtedly illuminated by the nature of the provision; it deals with the income from the two described sources only in its relationship with the person of the property and the trader, and therefore refers only to that income which the property owner or tradesman derives from his land ownership or his business enterprise. This exemption will therefore not apply to dividends of shareholders and also not to those that operate the business of the limited company; and their dividend cover is therefore not subject to direct taxation in the country of the business enterprise without the principle of § 1, supra, applying according to their place of residence. The application of the Imperial Law of 13 May 1870 does not rule out the taxing right of the State of domicile of the shareholder in respect of dividends from shares in a company that is operated in a different federal State than the State of residence of the shareholder. Collection Vol. VIII, p 132”. La misma idea se repite en otras sentencias como: Alemania, Civil Division. Judgment of 11 February 1885, R. No. 421/81 Collection f Civil. Vol. XIII, pp. 149. Las referencias a estas sentencias son tomadas del “Financial case law.

aunque la doble imposición económica no era objeto de atenuación en la Ley del Imperio Alemán<sup>426</sup>. Estas sentencias son fundamentales en proceso de delimitación de los dividendos al empezar a reconocer la existencia de una ficción legal, según la cual, la renta de los socios deriva de las participaciones sociales y no de los beneficios de la entidad distribuidora.

El Tratado entre el imperio Austrohúngaro y Prusia fue el fundamento de los convenios entre los Estados Europeos celebrados en los años subsiguientes a su expedición, aunque los mismos evolucionaron conforme se consolidaba el impuesto sobre la renta en el mundo como un tributo preponderantemente sintético y personal. Dicho Tratado incorporaba un derecho para el Imperio Austrohúngaro de aplicar un impuesto en la fuente con respecto a las rentas del capital (intereses y pensiones –Art. 3- ). El Convenio entre Alemania y Checoslovaquia de 21 de diciembre de 1921 introdujo una variación fundamental al hacer recíproca la regla de gravamen de las rentas de capital en la fuente e incluir dentro de tales a los dividendos<sup>427</sup>. Este hecho empieza marcar la ligazón entre los dividendos y las otras rentas del capital mobiliario como los intereses y las regalías, haciéndose evidente la necesidad de mantener la consistencia en el tratamiento tributario de esas tres clases de rentas dentro del Modelo de Convenio<sup>428</sup>. Al mismo tiempo, éste paso ha sido señalado por HARRIS como el inicio del sistema de imposición de sociedades clásico, pues se permitía al Estado de la fuente aplicar un gravamen en origen sobre los dividendos<sup>429</sup>, asunto que tiene su razón de ser en el reconocimiento expreso a nivel legal y no sólo jurisprudencial, de que los dividendos no son los beneficios por la actividad económica de la sociedad.

---

Decisions of the Imperial Court in financial matters. Edited by Willem Burkhard, Government and fiscal council in Würzburg” incluidos como apéndices y traducidos en paralelo del alemán al inglés por HATTINGH 2013: p 31 y ss.

<sup>426</sup> HATTINGH 2013: p 31 y ss. Corte del Imperio Alemán, Sentencia de 18 de diciembre de 1884. Se trataba de una causa penal.

<sup>427</sup> JOGARAJAN argumenta que para la época en que se celebran los primeros CDI el Derecho Internacional ya había asentado la idea de la reciprocidad y que por tanto los tratados tributarios se asientan sobre este principio que era y es fundamental. JOGARAJAN 2011: p. 679-684. Nos parece que el tratamiento de las rentas de capital en el Tratado entre el imperio Austrohúngaro y Prusia prueba todo lo contrario. JOGARAJAN 2011: p. 679-684.

<sup>428</sup> HARRIS 1999: p. 7.

<sup>429</sup> HARRIS 1999: p. 9

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

### **2.1.2. LOS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES: EL ORIGEN DEL SISTEMA DE MODELOS**

Hacia los años 20 del siglo pasado la Cámara de Comercio Internacional reunió a un comité con el objeto de analizar el fenómeno de la Doble Imposición Internacional, estos trabajos no tuvieron resultados importantes, cediéndose el estudio a la Liga de las Naciones en 1921, quien a través del Comité Financiero conformó la Comisión de los cuatro economistas, por referencia a sus miembros, los profesores SELIGMAN (Estados Unidos) y BRUINS (Países Bajos), el senador EINAUDI (Italia) y STAMP (Gran Bretaña). Tras varios meses de intercambio de correspondencia entre los expertos en 1923 se expide un borrador que condensaba las conclusiones que se alcanzaron en torno a los precedentes en materia de doble imposición, las justificaciones del gravamen en la fuente o en la residencia<sup>430</sup> y los métodos para eliminar la doble imposición.

Este informe reconoce que varios tratados de la época contenían reglas que permiten la imposición real o de producto en la fuente de los dividendos e intereses, esto es, donde el deudor tiene su domicilio, aunque finalmente defienden el gravamen de los dividendos, así

---

<sup>430</sup> En este punto los economistas se fundamentaron en la teoría del “Economic Allegiance” para indicar que los factores para determinar el lugar adecuado de tributación son: i) el origen o fuente de la riqueza (donde se produce). ii) la ubicación de la riqueza (donde se posee). iii) el lugar donde se puedan ejercer los derechos de la riqueza. iv) el lugar de consumo de la riqueza (se identifica con la residencia). El límite entre esta teoría y el principio del beneficio aplicable a tasas y contribuciones es tenue, pues de alguna forma los economistas pretenden ver cuál es la justificación del gravamen en la fuente o en la residencia y la encuentran en los servicios que provee cada Estado. vid. HARRIS 1996: p. 276-277. A nuestro juicio la justificación de uno u otro sentido solo será muestra de un prejuicio de base, de manera que estos criterios no sean más que convenciones.

como todas las rentas del capital mobiliario, en la residencia del beneficiario<sup>431</sup>. Los economistas argumentaron que los beneficios que trae a un país recibir recursos externos justifica su no imposición, que el criterio de origen ante la aparición de gravámenes globales sobre la renta no tiene sentido<sup>432</sup>, que la neutralidad en la exportación de capitales podría verse afectada<sup>433</sup> y que existía una imposibilidad administrativa de recolectar los impuestos sobre las rentas en la fuente o el origen. Destacan que el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad es un factor fundamental en la creación de valor<sup>434</sup>.

Debe destacarse que el Informe se refirió a las acciones en “sociedades u otras asociaciones” y resaltaba que económicamente estas eran análogas a los bonos en sociedades, por lo cual estaba poco justificado distinguir su tratamiento fiscal, en particular, la eliminación de la doble imposición<sup>435</sup>.

Los trabajos concluyen en que es posible solucionar la doble imposición a través de métodos tales como la deducción, la exención, la división de impuestos o categorizar las rentas y asignar un tratamiento especial a cada una. Esta última opción triunfó en la historia, pues era un reflejo de los impuestos reales sobre la renta o el producto (los ingresos) imperantes en la época y la práctica convencional existente, a pesar de que el Informe de los cuatro economistas ponía de presente la fungibilidad de las rentas y lo inapropiado que resultaba la atribución del gravamen en razón al tipo de renta<sup>436</sup>. La pregunta que surge es porque este sistema se mantiene hasta hoy en el MCOCDE y en la

---

<sup>431</sup> LEAGUE OF NATIONS 1923

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 44 y 45.

<sup>433</sup> El Informe indica (*Ibidem*, p. 31): “si adoptamos exclusivamente el principio de origen y si no autorizamos al país de la del domicilio a gravar los títulos de sociedades extranjeras, hay lugar a temer que el individuo coloque toda su fortuna en valores extranjeros, lo que frustrará completamente al país del domicilio.”

<sup>434</sup> En esa línea afirman que en el origen de la riqueza generada por una participación en una entidad la personalidad de la misma es de considerable importancia, de forma que el Estado de domicilio de la misma es quien debería gravar. Anotan seguidamente las dificultades de aplicar el principio del origen, entendido como el lugar de obtención de la renta por parte de la sociedad, o como donde se encuentra la dirección de la empresa "Nevertheless, if origin in the case of corporate shares be interpreted to mean the place where the dividends are earned, it is obvious that additional complications will arise from the fact that the company may produce its goods in one State and sell them in another, or have its chief office in one State and yet secure most of its earnings from sales in other States. Here the multiplicity of claims of origin, that is, o1, o2, o3, will constitute a serious embarrassment in considering the fractional rights of each particular share and to that extent weakens the claims of origin." LEAGUE OF NATIONS 1923; VANN 2009: p. 212.

<sup>435</sup> vid. OEEC, FC/WP12(58)1 part II, p. 3. MAY 2011: p. 420.

<sup>436</sup> LEAGUE OF NATIONS 1923: p. 49.

práctica totalidad de los CDI suscritos. La razón que parece justificarlo es la imposibilidad de encontrar una mejor forma de repartir el poder tributario de las rentas internacionales sin afectar la idea de la soberanía nacional y lograr la plena aceptación por los países. Curiosamente el método del reparto del recaudo ha pasado a ser una curiosidad histórica, olvidada por los estudiosos para plantear soluciones a varios de los irresolubles problemas de la fiscalidad internacional.

Aunque el Informe de los cuatro economistas no se plasmó en un modelo de convenio específico, es considerado la base académica de los posteriores desarrollos, e incluso, el fundamento de convenios como el de Checoslovaquia con Italia de 1924 que atribuía el gravamen de los beneficios de la entidad distribuidora al Estado de la residencia de la misma (Estado de la fuente) y de los dividendos a la residencia del perceptor. Respecto de los dividendos propiamente se comprendían los impuestos personales y cedulares, gravándose exclusivamente en la residencia, lo cual evitaba la doble imposición jurídica<sup>437</sup>.

El borrador de Convenio de 1927 es el primer Modelo que incorpora un artículo específico para los dividendos, aunque no había una definición de los mismos. Como antecedente del citado borrador puede mencionarse que a partir de 1922 y hasta 1927, la Liga de las Naciones permitió la participación de expertos, inicialmente de Bélgica, Francia, Países Bajos, Italia, Reino Unido, Suiza y Checoslovaquia, y con posterioridad, de Alemania, Japón, Polonia y Venezuela<sup>438</sup>. En las Resoluciones de 1925<sup>439</sup> y el borrador de Convenio de 1927 la Sociedad de las Naciones<sup>440</sup>, que es considerado el “primer embrión”<sup>441</sup> de los modelos actuales, hace una división inicial entre impuestos personales y reales<sup>442</sup>.

---

<sup>437</sup> vid. HARRIS 1996: p. 299.

<sup>438</sup> ROCHA 2009: p. 3.

<sup>439</sup> vid. LEAGUE OF NATIONS 1925: p. 32

<sup>440</sup> LEAGUE OF NATIONS 1927: p. 10-18.

<sup>441</sup> UCKMAR 2003: p. 5.

<sup>442</sup> Como ya se observó respecto de la historia del impuesto sobre la renta español, mientras en los primeros el gravamen tendía a ser global, progresivo y se adecuaba a quien recibía la renta –residentes, nacionales, etc.-, los reales eran varios tributos que recaían sobre tipos de rentas (sobre la tierra, los beneficios empresariales, las actividades profesionales, etc.), aplicados bajo un criterio de fuente, de forma proporcional y sin importar quien la obtuviese. AVERY JONES et al 2006: p. 238; AVERY JONES 2012: p. 67. Éste autor destaca que no había un claro entendimiento de estas dos categorías de impuestos.



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

Resulta revelador que el Modelo de 1927 en su artículo 3 tratara de forma diferenciada a las “rentas de las acciones o partes análogas” –“*income from shares and similar interest*”- indicando que tributarían donde se encuentre el Estado en la sede efectiva de administración de la empresa –*real centre of management of the undertaking is situated*-, mientras que las rentas de fondos públicos, bonos, créditos, depósitos o cuentas corrientes son gravables en el Estado en el que el deudor de esa renta era residente<sup>443</sup>. Se observa la necesidad de definir de forma desigual la fuente –el criterio objetivo de sujeción- de ambas rentas. Adicionalmente, resulta interesante que se habla de la empresa (*undertaking*) para referirse a la entidad distribuidora de dividendos, idea esta que podría retomar vigencia en los tiempos actuales en que los EP y las Filiales, al menos desde un punto de vista técnico y de política fiscal, deberían ser tratados de forma neutral.

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

---

<sup>443</sup> OEEC, FC/WP12(58)1 part II, p. 6. MAY 2011: p. 420. Textualmente el art. 3 indica: “Income from public funds, bonds, including mortgage bonds, loans and deposits or current accounts, shall be taxable in the State in which the debtors of such income are at the time resident. Nevertheless, if such income is paid in one of the Contracting States to persons domiciled in the other Contracting State, the tax applicable thereto shall be refunded upon production of proper evidence. In such case the said income may be taxed in the State of domicile of the creditor.” Por su parte, el art. 4 indica: “Income from shares or similar interest shall be taxable in the State in which the real centre of management of the undertaking is situated.” Finalmente el artículo 5 indica: “Income from any industrial, commercial or agricultural undertaking and from any other trades or professions shall be taxable in the State in which the persons controlling the undertaking or engaged in the trade or profession possess permanent establishments....” LEAGUE OF NATIONS 1927: p. 10-11.

según el borrador de Convenio, se solucionarían mediante la obligación del Estado de la residencia de otorgar un crédito fiscal o una exención por un porcentaje del impuesto pagado. Tras las críticas del experto británico se discutió si se comprendía dentro del crédito fiscal a los impuestos cedulares sobre los beneficios empresariales de la entidad distribuidora, o sólo sobre los dividendos. Lo anterior ha sido respondido por la doctrina indicando que únicamente debían aceptarse estos últimos, pues el borrador de Convenio asume un sistema clásico de tributación<sup>444</sup>. El actual inciso segundo del art. 10.2 del MCOCDE encuentra justificación en esta discusión.

El borrador de Modelo de 1927 se incorporaría posteriormente en el llamado “Draft 1A” de 1928 e inspiraría algunos CDI italianos<sup>445</sup>. El citado Modelo aclara que los dividendos son rentas que no siempre derivan del capital sino del emprendimiento de un negocio a través de una entidad independiente a efectos fiscales.

En octubre de 1928 en una reunión general de los expertos gubernamentales representantes de 27 países, se expidieron tres borradores de convenio tipo para evitar la doble tributación, junto con otros tres convenios sobre doble imposición de sucesiones, asistencia administrativa y judicial. Este hecho da inicio al sistema de convenios modelo utilizado hasta nuestros días. La aparición de tres modelos se debió a la diferencia de sistemas tributarios y de los intereses en torno a la atribución del poder tributario. Un factor fundamental de esa diversidad fue la ausencia de acuerdo sobre la tributación de los dividendos y los intereses<sup>446</sup>. El Modelo de 1927 es recogido en el borrador “1A” de 1928 y, por tanto, incorpora una categoría para “los rendimientos de las acciones o partes análogas”, aunque el crédito fiscal previsto en el Art. 10 varía.

Debe resaltarse en este punto que ninguno de los tres modelos contenía una definición de dividendos análoga a la del Art. 10.3 MCOCDE, como tampoco ocurría en la práctica

---

<sup>444</sup> LEAGUE OF NATIONS 1925: p. 32; vid. HARRIS 1996: p. 303;

<sup>445</sup> AVERY JONES et al indica que los tratados de Italia con Checoslovaquia de 1924, Alemania de 1925, Hungría de 1925, Bélgica de 1931, Francia de 1932 fueron influenciados por el Borrador de Modelo de 1927. AVERY JONES et al 2006: p. 238.

<sup>446</sup> HARRIS 1996: p. 305.

convencional existente<sup>447</sup>. De hecho, el Modelo 1B incluía a los dividendos dentro del concepto de renta global gravada en el Estado de residencia. En efecto, este Modelo era adecuado para estados con impuestos personales en la medida en que no se hacían distinciones entre impuestos cedulares y personales, al tiempo que partía del principio general de que las rentas deben ser imponibles en el Estado del domicilio, esto es, el de residencia normal u hogar permanente de morada. El Modelo enumera a continuación las rentas que debían ser gravadas en la fuente, que eran las siguientes: los beneficios empresariales, de las rentas de la propiedad inmobiliaria, las remuneraciones de administradores y consejeros, los salarios y sueldos y las pensiones públicas. De esta forma, las demás rentas, incluyendo los intereses y los dividendos, resultaban gravadas únicamente en el Estado de residencia del acreedor o accionista, sin que se debiera conceder alguna desgravación por doble imposición económica. Puesto que el art. 3 b) exigía la devolución por parte del Estado de la fuente de los impuestos cobrados en contradicción de las reglas previstas en el Convenio<sup>448</sup>.

Por su parte, el Modelo 1C, recoge la práctica convencional de Europa central, reconociendo la existencia de impuestos cedulares y personales. El Art. 7 permitía al Estado de la residencia gravar a sus domiciliados, pero se autorizaba al de la fuente a gravar los rendimientos del capital mobiliario. Esta categoría incluye a los dividendos. La norma era bastante ambigua a la hora de establecer la forma de eliminación de la doble imposición, pues de un lado obligaba al Estado de la residencia a “renunciar” o “deducir” los impuestos especiales sobre las rentas situadas en los otros estados, y si la doble imposición no fuera evitada así, los Estados debían ponerse de acuerdo en aplicar una deducción total o parcial en el domicilio, o acordar el reembolso total o parcial<sup>449</sup>.

El Modelo tipo para evitar la doble tributación fue comentado y discutido en nueve reuniones desde 1929 hasta 1939, pero no hubo desarrollos directos respecto de los

---

<sup>447</sup> vid. HARRIS 1999: p. 15, nota al pie 16.

<sup>448</sup> OEEC, FC/WP12(58)1 part II, p. 11-12.

<sup>449</sup> AVERY JONES 2012: p. 70 entiende que el modelo incorporaba el crédito, la exención o devolución de impuestos en el Estado de la fuente como “posibilidades”.

dividendos<sup>450</sup>. En cualquier caso, en 1933 se sientan las bases de las normas de precios de transferencia con el Informe de M.B CARROLL quien financiado por la fundación Rockefeller, realiza un informe sobre la legislación tocante a la localización de la renta de los negocios en 27 países del mundo, sugiriendo ciertas modificaciones, especialmente relativas al Establecimiento Permanente, al principio de *Arm's Length* y la no discriminación<sup>451</sup>. Con posterioridad, la Sociedad de las Naciones aprueba los modelos de convenios de México en 1943 y de Londres 1946. El primero con un predominio de la tributación en la fuente, pues las rentas empresariales se gravaban sólo en dicha jurisdicción. Ello se explica por ausencia de representación de los estados Europeos quienes sufrían las consecuencias de la II Guerra Mundial y una presencia prominentemente americana. Por su parte, el Modelo de Londres inclina la balanza de nuevo hacia en el gravamen en la residencia, puesto que participan de nuevo las naciones desarrolladas haciendo valer sus intereses. Las diferencias en varias cláusulas eran grandes, por lo que ninguno de los modelos fue aceptado unánimemente, pero influyeron en alguna medida en los convenios celebrados en los años siguientes a su adopción<sup>452</sup>.

El Modelo de México en su artículo IX englobaba dentro de las “rentas del capital mobiliario” a los “dividendos y otros rendimientos procedentes de participaciones sociales y de participaciones de socios comanditarios en las sociedades de personas con responsabilidad limitada”, asignando el poder de gravar de forma ilimitada, en principio, al Estado de origen de la renta<sup>453</sup>. KEMMEREN advierte como este Modelo toma el principio del origen que supone que los dividendos son gravados en el mismo Estado en que se

---

<sup>450</sup> OEEC, FC/WP12(58)1 part II, p. 14. De hecho, CARROLL señaló sobre éste periodo lo siguiente: “The Fiscal Committee met in nine times from 1929 to 1939; it concerned itself especially with the study of the apportionment of profits ... Dividends and interest were not especially studied by the Fiscal Committee. CARROLL 1939; Citado por: HATTINGH 2009: p. 509-510.

<sup>451</sup> CARROLL 1933; RUSSO 2006: p. 89-108. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) (IBFD - *Tax Research Platform*).

<sup>452</sup> LEAGUE OF NATIONS 1946.

<sup>453</sup> HARRIS 1996: p. 307. Este autor entiende que el Modelo de México únicamente permite el gravamen en la fuente/origen pues utiliza el adverbio “sólo” (only). Sin embargo, de la lectura del artículo IX del citado modelo se aprecia que existe un poder residual del Estado de la residencia. LUCAS DURÁN, se posiciona en este último sentido y se fundamenta en los comentarios al Modelo que indican: “La Conferencia de 1943 ha atribuido el derecho a imponer los rendimientos de los capitales al país en el cual los capitales son invertidos, si bien entendiendo que el país exportador de los capitales, que será en general, el de domicilio fiscal del acreedor, o beneficiario de los rendimientos, conserva el derecho de gravar igualmente estas rentas y debe, al mismo tiempo, acordar una deducción en la cuota por el impuesto percibido en el otro país, conforme a las disposiciones del artículo XIII de la convención-tipo”. Traducción de LUCAS DURÁN 2000: p. 68.

sujetan los beneficios empresariales de los que se derivan. Ello puesto que los Comentarios indican que los dividendos son gravados en el Estado donde el capital, del cual ellos derivan, fue invertido o puesto en uso para la producción<sup>454</sup>.

El artículo IX del Modelo de México textualmente indica: “Los rendimientos de la propiedad mobiliaria podrá ser sujeta a imposición sólo en el Estado contratante donde ese capital sea invertida”. Por su parte, el Protocolo al mismo artículo indica:

“A efectos del art. IX del Convenio, el término “rendimientos del capital mobiliario” incluye renta de los fondos públicos, de las obligaciones, préstamos, depósitos, bien sea fijos o de cuenta corriente, rendimientos de las acciones y participaciones similares en sociedades así como las rentas de las participaciones de un oculto en contratos de cuentas en participación o de las participaciones de socios sin poder de administración o responsabilidad personal.”<sup>455</sup>

Se aprecia que la definición de dividendos depende de la participación en el capital en forma de títulos valores (*securities*) o no, lo cual rompe con la caracterización de las rentas de capital que había sido desarrollada por la Sociedad de las Naciones en anteriores trabajos. El Modelo de México decanta el sistema de asignación del poder tributario seguido por los posteriores Modelos mediante el cual el Estado de la fuente u origen, según el caso, puede gravar de forma ilimitada o limitada, atendiendo al tipo de renta, pero el de la residencia debe aplicar la eliminación de la doble imposición jurídica, haciendo necesario discernir entre los impuestos soportados por la sociedad y por los socios. Asimismo, se vislumbra el interés de definir dividendos y el tipo de sociedades que los distribuyen, para diferenciarlas de las rentas que no provienen del capital mobiliario incorporadas en los Modelos.

---

<sup>454</sup> KEMMEREN 2001: p. 341. Por ello parece impropio confundir en este Modelo el Estado de origen de los dividendos y el de la fuente de los mismos, como lo hace por ejemplo LUCAS DURAN, al afirmar que el Modelo de México “avanza en el sentido de reconocer indubitativamente un derecho a la imposición de los dividendos expatriados a los países de residencia de las sociedades productoras de los mismos (países de la fuente o de origen) y se abandona definitivamente el método de reembolso parcial o total -por el Estado de la fuente- de los impuestos pagados en origen”. LUCAS DURÁN 2000: p. 25.

<sup>455</sup> En su idioma original: “Income from movable property shall be taxable only in the contracting State where such capital is invested “ y el Protocolo: “For the purpose of article IX of the convention, the term “income from movable capital” includes income from public funds, obligations, loans, deposits, whether fixed or on current account, income from shares and similar participations in companies as well as income from sleeping partners shares or shares of partners having no powers of management or personal liability to partner.”

Dicho lo anterior, es dable concluir que los trabajos de la Sociedad de las Naciones hasta el año 1943 (Modelo de México), a excepción del “Draft 1A” y el Modelo de 1927, englobaban los dividendos dentro de categorías de renta más amplias, bien en las “rentas del capital mobiliario” (“Draft 1C” y Modelo de México) o como renta global (Draft 1C). Se destacan las discusiones de la segunda década del siglo pasado en torno a los impuestos reales y personales, que hoy no tienen una mayor relevancia en la medida en que los tributos sobre la renta han evolucionado hacia criterios o elementos de conexión objetivos (fuente y establecimiento permanente) y subjetivos (residencia), todos comprendidos dentro del ámbito objetivo de aplicación del CDI y por lo tanto, cuya doble imposición busca ser eliminada.

## **2.2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE RENTA INDEPENDIENTE PARA LOS DIVIDENDOS**

### **2.2.1. EL MODELO DE LONDRES DE 1946**

Si bien el borrador de Convenio de 1927 de la Sociedad de las Naciones avanzó en la escisión de las rentas del capital mobiliario y los dividendos, dejando además importantes aportes sobre las características de la entidad distribuidora, es el Modelo de Londres el que puede ser recordado por empezar un nuevo capítulo en la historia del concepto de dividendo en los CDI, pues en su artículo VIII los trata de forma independiente, empieza a sentar las bases de la definición que hoy se contiene en el Art. 10.3 MCOCDE, y que se liga a una serie de reglas de distribución cuya esencia también pervive hasta los convenios más recientes. El artículo de dividendos indicó:

“1. Los dividendos y otros rendimientos de las acciones de una sociedad y las participaciones en beneficios obtenidos por los socios de una sociedad de personas con responsabilidad limitada sólo serán imponibles en el Estado contratante en el que la sociedad de capitales o la sociedad de personas tenga su domicilio fiscal.

2. No obstante las disposiciones del párrafo 1, de los dividendos pagados por una sociedad de capitales que tenga su domicilio en el Estado contratante, a una sociedad de capitales que tenga su domicilio fiscal en el otro Estado contratante y posea una participación dominante en la dirección o en capital de la sociedad que paga los dividendos, serán exonerados del impuesto en el primer Estado.

3. Los dividendos pagados por una sociedad de capitales que tenga su domicilio en uno de los Estados contratantes, o los beneficios no distribuidos de una sociedad de

este tipo, no están sujetos por el otro Estado contratante a ningún impuesto, aun cuando los dividendos o los beneficios no distribuidos represente, en totalidad o en parte, una renta derivada del territorio de este otro Estado.” (Subrayado nuestro)<sup>456</sup>

No son claras las razones que llevaron a que los redactores de este Modelo escindieran a los dividendos de las rentas del capital mobiliario. A pesar de ello, éste Modelo fue un hito en la historia de la fiscalidad de los dividendos al proponer un artículo independiente que define los elementos característicos de tales rentas, se preocupa por eliminar la doble o múltiple imposición en compañías vinculadas e incorporar un nuevo apartado para evitar la extraterritorialidad en el gravamen de los dividendos. Esto último se mantiene en el Modelo OCDE de 2010. Retoma además la idea de que los dividendos no son meramente una renta por la inversión en capitales mobiliarios tal como se había propuesto ya en el borrador de Convenio de 1927 de la Sociedad de las Naciones.

La definición de la renta es diferente a la actual, pues se indicaba que habían participaciones en dos tipos de compañías que generaban dividendos: las sociedades anónimas o de capitales (*companies*) y las sociedades personalistas con responsabilidad limitada (*limited liability partnerships*). Para la primera se requería tener una acción (*shares*) y para las segundas la condición de socio (*partners*). Las rentas eran todas las que provenían de las acciones y las participaciones en los beneficios imputados (*share of profits accruing to*) a los socios o partícipes.

El Modelo de Londres empieza sentar las bases de los elementos subjetivos y objetivos del concepto que serían retomados por el WP12 de la OECE. La doctrina ha considerado que el primer Convenio que incorpora una definición de dividendos es el de Estados Unidos y Canadá de 1942, entendiendo por tales todas las distribuciones de ingresos o beneficios de

---

<sup>456</sup> Traducción propia del art. VIII: LEAGUE OF NATIONS 1946: p. 63-65. “1. Dividends and other income from shares in a company and shares of profits accruing to limited liability partners in a limited liability partnership shall be taxable only the contracting State where the company or limited liability partnership has its fiscal domicile. 2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1, dividends paid by a company which has its fiscal domicile in one contracting State to a company which has its fiscal domicile in the other contracting State and has a dominant participation in the management or capital of the company paying the dividends shall be exempt from tax in the former State. 3. Dividends paid by, or undistributed profits of, a company which has its fiscal domicile in one contracting State by reason of the fact that the dividends or undistributed profits represent, in whole or in part, income derived from the territory of that other State.”

sociedades (*corporations*)<sup>457</sup>. Tal afirmación no niega que el hecho de que ya venían creándose elementos delimitadores de los dividendos tanto en los CDI que los incorporaban como un elemento de renta independiente, como en los que los englobaban dentro de otras. Empero, en ambos casos existía una mínima caracterización de esta clase de renta.

El Modelo de Londres asigna el gravamen de los dividendos a la fuente, esto es, al Estado donde la entidad distribuidora de dividendos tiene su *domicilio fiscal*, descartando el criterio del origen que se plasmó en el Modelo de México. Esto se explica en la participación de países de Europa que plasman sus intereses económicos. Con ello, se demuestra que el concepto de fuente es una mera convención que obedece meramente a un juego de poder. Sin embargo, si existiere una participación dominante en la distribuidora, no habría gravamen en la fuente. Se trata pues del antecedente de la regla de participación sustancial según la cual se buscan evitar los impuestos en cascada en los grupos empresariales. Se excluyen a las *partnerships* de la reducción del tipo por participación sustancial para evitar que la fuente no pueda gravar al tipo ordinario cuando la renta esta atribuida a los socios en virtud de un régimen de transparencia, esto es, cuando no haya una doble imposición económica potencial. El grado de “participación sustancial” queda, sin embargo, indefinido<sup>458</sup>. El Modelo de Londres es así un hito en la aceptación del sistema clásico de imposición sociedad-socio y de la asignación de la potestad tributaria de acuerdo al tipo de contribuyente<sup>459</sup>.

En cualquier caso, incorporar una renta distinta destinada a los dividendos no es el gran avance del Modelo de Londres, pues en los convenios de la época ya se apreciaba esa práctica<sup>460</sup> y además ya lo habían hecho el borrador de 1927 y el Modelo 1A de 1928 al

---

<sup>457</sup> AVERY JONES 2006: p. 244. Se indica en este trabajo que los CDI entre Estados Unidos y Francia de 1939 contienen una referencia a los dividendos y otras rentas provenientes de una sociedad, y el de Francia con Suecia de 1936 contiene una referencia a participaciones de fundador en el artículo de intercambio de información.

<sup>458</sup> LUCAS DURÁN 2000: p. 70.

<sup>459</sup> HARRIS 1996: p. 307; HARRIS 1999: p. 11.

<sup>460</sup> La práctica convencional era variopinta, pues Italia y Estados Unidos tenían una política más orientada al tratamiento independiente a los Dividendos mientras que buena parte de los estados los englobaban dentro de otras categorías. HARRIS menciona como ejemplos como los CDI entre: Italia y Alemania de 31 de octubre de 1925 (art. 5; Francia e Italia de 16 de junio de 1930 (art. 5); Bélgica e Italia de 11 de julio de 1931 (art. 5); Suecia y Estados Unidos de 23 de marzo de 1939 (art. VII), Reino Unido y Estados Unidos de 16 de abril de



referirse a las “rentas de las acciones o partes análogas”. La finalidad de la creación de la categoría fue no sólo señalar que la fuente era el “Estado contratante en el que la sociedad de capitales o la sociedad de personas tenga su domicilio”, -como de manera similar menos técnica ya aparecía-, sino también crear la regla de la no extraterritorialidad y una norma para reducir la doble imposición económica inter-societaria. Además, el artículo relativo a los dividendos se consolida en el Modelo en Londres en 1946, pues en el de la Sociedad de las Naciones se enmarcaba dentro de un Modelo alternativo a otros dos, y el borrador de 1927 era precisamente eso: un borrador, no un texto definitivo aceptado mayoritariamente por la comunidad internacional. Por ello, sin lugar a dudas el de Londres es el principal antecedente del actual Art. 10 MCOODE.

Lastimosamente hay poca información sobre cuáles fueron las razones que llevaron a establecer una categoría de renta independiente en el Modelo<sup>461</sup>, aunque el Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones en la reunión de Londres de marzo de 1946 indicó que a diferencia del Modelo de México, en el de Londres “nuevos artículos han sido insertados para hacer uso de ciertas innovaciones contenidas en los convenios, tales como el de Reino Unido y Estados Unidos firmado después de la reunión de 1943.”<sup>462</sup> De ésta manera, las innovaciones que son fundamentalmente la regla de la extraterritorialidad y la reducción de la retención para participaciones sustanciales, marcan indeleblemente la historia de la categoría de los dividendos en los Convenios, pues se observa el surgimiento de finalidades particulares, ausentes en los modelos anteriores.

Con esa observación, vale la pena analizar algunos detalles del recién citado Tratado entre los dos países anglosajones pues de un lado, contiene reglas de distribución separadas para

---

1945 (art. VI). De hecho, el WP 12 enlistará más adelante 28 CDI entre Estados miembros que incorporaban un artículo independiente para los dividendos. vid. HARRIS 1999: p. 14-15, Nota 36.

<sup>461</sup> Dentro de la información que ha podido recabar el autor se encuentran dos textos oficiales de la sociedad de las naciones relativos al Modelo de Londres: LEAGUE OF NATIONS 1946; LEAGUE OF NATIONS 1946b.

<sup>462</sup> “... new articles have been inserted to make use of certain innovations contained in conventions, such as those between the United Kingdom and the United States, concluded since the 1943 meeting.... Virtually, the only clauses where there is an effective divergence between the views of the 1943 Mexico meeting and those of the 1946 London meeting are those relating to the taxation of interest, dividends, royalties, annuities and pensions...” LEAGUE OF NATIONS (1946b); vid. UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION (1992b). p. 4326.

Reino Unido y Estados Unidos, ya que para los dividendos pagados por entidades residentes en el primer Estado se previó la exención, mientras que para los del segundo se estipuló una retención del 15%, como regla general, y 5% en caso de control directo o indirecto de al menos el 95% de los derechos de voto en la entidad pagadora, dejando abierta la posibilidad de terminar el Tratado con una simple nota escrita<sup>463</sup>. De otro lado, se crean dos normas con el objeto de evitar la aplicación de preceptos internos considerados extraterritoriales. Es así como se deshabilita la sección 119.a.1.b y 19.a.2.b del *Internal Revenue Code* que permitía gravar los dividendos e intereses pagados por entidades no residentes en Estados Unidos, cuyos ingresos derivaran en un 80%, en el caso de los intereses, y en un 50%, en el caso de los dividendos, de fuente estadounidense, sin importar si el receptor o el pagador era residente en Norteamérica o no. De otro lado, un artículo del CDI prohíbe a los Estados Unidos gravar los ingresos o beneficios acumulados y no distribuidos por sociedades controladas en más de un 50% por individuos residentes en Reino Unido<sup>464</sup>. Esto último lo explica KOCH como una respuesta a las secciones 102 y 500 del *Internal Revenue Code* norteamericano, que consagra un sobre-impuesto que recae en la renta neta de cualquier sociedad nacional o extranjera constituida o utilizada con el objeto de evitar la imposición los accionistas de la misma o de otra entidad, y sobre las

---

<sup>463</sup> “Article VI. (1) The rate of United States tax on dividends derived from a United States corporation by a resident of the United Kingdom who is subject to United Kingdom tax on such dividends and not engaged in trade or business in the United States shall not exceed 15 per cent.: Provided that such rate of tax shall not exceed five per cent. if such paying corporation is derived from interest and dividends, other than interest and dividends received from its own subsidiary corporations. Such reduction of the rate to five per cent shall not apply if the relationship of the two corporations has been arranged or is maintained primarily with the intention of securing such reduced rate. (2) Dividends derived from sources within the United Kingdom by an individual who is (a) a resident of the United States, (b) subject to United States tax with respect to such dividends, and (c) not engaged in trade or business in the United Kingdom, shall be exempt from United Kingdom surtax. (3) Either of the Contracting Parties may terminate this Article by giving written notice of termination to the other Contracting Party, through diplomatic channels, on or before the thirtieth day of June in any year after the year 1945, and in such event paragraph (1) hereof shall cease to be effective as to United States tax on and after the first day of January and paragraph (2) hereof shall cease to be effective as to United Kingdom tax on and after the 6<sup>th</sup> day of April, in the year next following that in which such notice is given.” CDI Reino Unido-Estados Unidos 1945. Comentarios sobre el Tratado en: KOCH 1947: p. 70-71.

<sup>464</sup> El actual art. 10.5 MCOCDE tiene su origen en dos artículos del CDI Reino Unido-Estados Unidos 1945. “Article XV Dividends and Interest paid on or after the first day of January, 1945, by a United Kingdom corporation shall be exempt from United States tax except where the recipient is a citizen of or a resident of the United States or a United States corporation.” Además, otra norma regulaba el tratamiento de las rentas e ingresos no distribuidos: “Article XVI A United Kingdom corporation shall be exempt from United States tax on its accumulated or undistributed earnings, profits, income or surplus, if individuals who are residents of the United Kingdom control, directly or indirectly, throughout the last half of the taxable year, more than 50 per cent. of the entire voting power in such corporation.”

entidades tenedoras de carácter personal (*personal holding companies*) sin necesidad de tener esa finalidad de diferimiento<sup>465</sup>.

Los documentos oficiales del país norteamericano que reportaron el proceso de ratificación destacan que el artículo de dividendos es recíproco y no crea vacíos fiscales, saliendo al paso a las objeciones de los miembros del Senado, para quienes se reduciría en EUA la tributación de los dividendos *outbound* al 15%. En el memorando preparado para el *Committee on Foreign Relations* del Senado de Estados Unidos, el *Joint Committee on Internal Revenue Taxation* expone que la reciprocidad de la norma es efectiva, puesto que para el Reino Unido el Impuesto sobre la entidad distribuidora, que es del 50%, contiene también el impuesto sobre el socio o accionista, ya que éste último soporta tal impuesto, de manera que otro impuesto a la tarifa general sobre los dividendos no es necesario. Con ello, el sacrificio de EUA equivale al del Reino Unido quien renuncia al “sobre-impuesto” que recae sobre los dividendos<sup>466</sup>. De ésta forma, se admite indirectamente que el artículo de dividendos debe ser tratado de forma independiente de otras rentas pasivas, puesto que la reducción de imposición en la fuente ha de calcular la reciprocidad efectiva, esto es, considerando el impuesto subyacente a las distribuciones de beneficios<sup>467</sup>. Tanto es así, que “a la vista de las posibles variaciones de los tipos impositivos en ambos estados, parece necesario dar a ambas partes contratantes el derecho de terminar los mandatos contenidos

---

<sup>465</sup> KOCH 1947: p. 126 y ss.

<sup>466</sup> “It should be observed that these proposed provisions are reciprocal in character. Under United Kingdom income-tax law the only tax imposed upon dividends from United States sources is the surtax. The standard rate of tax (currently 50 percent) is not imposed on dividends. This is due to the British tax view that the standard rate of tax imposed upon the earnings of the corporation paying the dividend is, in effect, a tax on the shareholder and since the shareholder bears such tax (according to the British theory) a further standard rate of tax should not be imposed upon the shareholder when the dividend is paid out of such earnings. The retention by the United States of the tax of 15 percent on dividends from the United States sources paid to residents of Great Britain is regarded by the British as a second tax burden on what is considered by them the same income. It will be observed that the United Kingdom waives the surtax with respect to British dividends in the hands of United States shareholders of British corporations.” UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION (1962). p. 2580 y ss. En el mismo sentido la intervención de Mitchell B. Carroll en nombre del *Nacional Foreign Trade Council*, abogando por la aprobación del Convenio entre Estados Unidos y Reino Unido e Irlanda del Norte sobre Impuestos sobre los negocios que aparece en las páginas 2613-2614.

<sup>467</sup> KOCH 1947: p. 70-71.

en el Artículo a través de una notificación a la otra parte el 30 de Junio, empezando en 1946.<sup>468</sup>

Con lo dicho, un análisis de la lógica de todos los cambios introducidos en el Modelo de Londres, y de las discusiones en la ratificación del CDI entre EUA y el Reino Unido de 1945, permitiría inferir que la Sociedad de las Naciones, gracias a los trabajos de EUA y Reino Unido, se percató de la existencia de particularidades en el tratamiento tributario dado por las leyes internas a los dividendos, lo que imponía la necesidad de una regulación especial en los CDI. Una de esas sería el elemento objetivo de conexión y otra, que consideramos fundamental, la existencia de un impuesto subyacente que requería ser cuantificado para calcular la reciprocidad efectiva en cada negociación, y que podría causar doble imposición económica, debiendo reducirse cuando los dividendos derivaran de una participación sustancial en la compañía. En definitiva, el CDI entre el Reino Unido y Estados Unidos de 1945 aporta la razón histórica de la existencia del actual art. 10 MCOCDE, cual es *regular de forma independiente una renta que es obtenida por la participación en una entidad sujeta a imposición de forma independiente de sus socios y partícipes en un Estado contratante, pero que potencialmente y desde un punto de vista económico puede soportar un impuesto subyacente*. En otras palabras, se reconoce que en estos casos existe un solo objeto imponible y dos hechos generadores.

### **2.2.2. LA CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL ARTÍCULO DE DIVIDENDOS: TRABAJOS DEL WP12 DE LA OEEC Y EL BORRADOR DE MODELO DE LA OCDE DE 1963**

Con la desaparición de la Sociedad de las Naciones y la suspensión de trabajos relacionados con la doble imposición en el seno de las Naciones Unidas, los convenios de doble imposición pasaron a ser estudiados por la Organización Europea para la Cooperación Económica (*Organisation for European Economic Co-operation -OEEC*<sup>469</sup>), puesto que la Cámara de Comercio Internacional recomendó a la OEEC analizar la problemática entre los

---

<sup>468</sup> KOCH 1947: p. 81. Esa misma prerrogativa se estipulaba en el art. VII del CDI entre Estados Unidos e Italia de 1955.

<sup>469</sup> Creada el 19 de abril de 1948 como un desarrollo del Plan Marshall. Originalmente tuvo 18 estados miembros, a saber: Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Alemania occidental.

Estados miembros, en la medida en que se trataba de economías similares y por ello el acuerdo sería más fácil de lograr, que si se tratase de escenarios con una representación más amplia. En 1961 la OEEC se transformaría en la *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) o en español, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tras la entrada de Estados Unidos, Canadá y Japón.

El 25 de febrero de 1955 la OEEC por primera vez hizo una recomendación sobre la doble tributación, sugiriendo a los estados miembros armonizar y desarrollar la red de CDI, al tiempo que crear un comité *ad hoc*. Este último, presidido por VAN DEN TEMPEL, sugiere en febrero de 1956 crear el Comité Fiscal, (*Fiscal Committee*)<sup>470</sup> que es el antecedente del hoy denominado Comité de Asuntos Fiscales (CAF), cuyo propósito era desarrollar investigaciones y hacer recomendaciones en torno a la doble imposición internacional entre los Estados miembros. El Comité se organizó en grupos de trabajo (*Working Parties* –WP-) compuestos por dos o tres miembros del mismo, quienes presentaron informes que luego se discutirían en el pleno<sup>471</sup>. El grupo de trabajo decimosegundo (En adelante WP 12) fue creado en febrero de 1958 por la OEEC, con delegados de Suiza, Alemania e Italia, y su propósito fue analizar la fiscalidad internacional de los dividendos.

Los desarrollos del WP 12 de la OEEC son importantes en la historia de los dividendos porque marcan decisivamente el texto y los Comentarios del Art. 10 MCOCDE más reciente, no sólo porque las conclusiones de sus trabajos trazaron la estructura básica del articulado, sino porque incluso buena parte de la dicción de sus informes y trabajos permanece idéntica en el Modelo y sus Comentarios más recientes. En la medida en que el WP recibe el encargo de proponer un artículo que regulara la tributación de los dividendos, la apuesta por la elaboración de un artículo independiente para tales rentas estuvo desde el inicio. Además, para la fecha existían 28 CDI firmados y vigentes entre los Estados

---

<sup>470</sup> Creado el 19 de marzo de 1956 por Resolución del Consejo. vid. OEEC, C(56)49(final). A efectos de posteriores citas este número es Código de Documento que sirve para consultarlo online en la página web <http://www.taxtreatieshistory.org/>

<sup>471</sup> OEEC: sobre la organización del Comité ver: FC(56)1 (16/5/1956). Sobre la organización del trabajo: (FC/M(56)1(prov) (6/6/1946) la minuta de la primera sesión; FC/M/(56)1 Annex (10/9/1956).

miembros que incluían una regla especial, frente a 15 CDI que los englobaban dentro la categoría más genérica de rendimientos del capital mobiliario.

El WP realiza fundamentalmente tres informes, una encuesta y una ayuda de memoria<sup>472</sup>:

1) Primer Informe fechado el 28 de febrero de 1958<sup>473</sup>: Analiza el problema, recopila los desarrollos de la Sociedad de las Naciones y la práctica convencional, y sugiere alternativas de articulado con Comentarios. La definición de dividendos se incluía en el apartado cuarto y tuvo una influencia importante de la práctica fiscal de Francia, Italia y Suiza. El Primer Informe se discute en la sesión 11 desarrollada entre el 20 y el 23 de enero de 1959<sup>474</sup>;

2) El Cuestionario<sup>475</sup>, los resultados del Cuestionario y sus modificaciones<sup>476</sup>: son las respuestas de la encuesta hecha acerca de la fiscalidad de los dividendos en el derecho interno y la posición de los Estados frente a los proyectos de articulados A y B. El cuestionario incluía la pregunta “¿Cómo se definen los dividendos en el derecho interno de su Estado?”, cuyas respuestas debieron ser resumidas según la minutas de la Sesión 15 del Comité Fiscal<sup>477</sup>, pero que no fueron publicadas en los resultados de la encuesta<sup>478</sup>, lo que ha sido entendido por PIJL como una muestra de que la definición era un tema menor frente a los demás problemas<sup>479</sup>.

3) “Aide-Memoire”: Contiene el proyecto de articulado y preguntas restantes concluidas en la Sesión 17 del Comité Fiscal<sup>480</sup>. En este texto aparecen las primeras discusiones sobre los rendimientos de las obligaciones o créditos participativos que aparecerían expresamente en la definición y que la delegación alemana considera que deberían ser tratados como intereses;

4) Versión final del artículo (1960)<sup>481</sup>: fue el resultado de una reunión conjunta con los WP8, WP11 y WP15 encargados de los artículos de regalías, intereses y eliminación de la doble imposición.

---

<sup>472</sup> Estos documentos pueden ser consultados en <http://www.taxtreatieshistory.org> HARRIS, ha recogido y clasificado los trabajos del WP en: HARRIS 2000: pp. 75 y ss. Vid. también: HARRIS 1999: p. 62 y ss.

<sup>473</sup> OEEC, FC/WP12(58)1 Part I. (28/11/1958); FC/WP12(58)1 Part II. (28/11/1958)

<sup>474</sup> FC/M(59)1

<sup>475</sup> TDF/FC/57 (1st revision) (19/03/1959) aprobado en la Sesión 12 llevada a cabo entre el 17 y el 20 de marzo. FC/M(59)2 (15/05/1959)

<sup>476</sup> FC/WP12(60)1 (08/01/1960); TDF/FC/88 (1st revision) (31/03/1960)

<sup>477</sup> FC/M(59)5 (30/12/1959) “The Delegate for Germany, Rapporteur of Working Party no. 12 on taxation of dividends, said that a summary of the replies to Questionnaire TFD/FC/57 (1st Revision) would be sent to the Secretariat by 15th January, 1960. Although this document contained no conclusions, it might serve as a basis for discussion at the next session. The Working Party had recently received the reply of the Delegate for the United States. It would meet at the Château de la Muette on Monday, 1st February, at 3 p.m.”

<sup>478</sup> FC/WP12(60)1 (08/01/1960)

<sup>479</sup> PIJL 2011: p. 498.

<sup>480</sup> FC/WP12(60)2 (30/4/1960)

<sup>481</sup> WP12(60)3 (01/08/1960)

5) Segundo Informe<sup>482</sup>: Recopiló las conclusiones de la Sesión 17, 18 y 20<sup>483</sup> del Comité Fiscal y las reuniones conjuntas. Dicho Informe fue revisado posteriormente<sup>484</sup> y adicionado por los Comentarios de Bélgica<sup>485</sup>. En el Segundo Informe los créditos participativos pasan al artículo de intereses y aparece la remisión al derecho interno gracias a la propuesta hecha por el Prof. Van den Tempel, aunque con una redacción diferente a la actual.

6) Informe Final<sup>486</sup>: Recopila las conclusiones del grupo de trabajo tomando en consideración las discusiones del Comité Fiscal y las reservas hechas por las delegaciones en la Sesión 22 de enero de 1961. Este Informe Final sufre ligeras modificaciones en general, pero algunas sustanciales en relación con la definición, como veremos, y es aprobado posteriormente como art. 10 del Borrador de Modelo de Eliminación de Doble Imposición de 1963.

Con el objeto de evitar las repeticiones que supondría hacer un análisis histórico cronológico, y buscando ser lo más eficientes posibles con el espacio, a continuación se realiza un análisis transversal de los principales problemas discutidos por el WP12 y el Comité Fiscal desde 1958 hasta 1963.

### **La redacción de los tres elementos de la definición:**

El Primer Informe del WP de fecha 28 de noviembre de 1958<sup>487</sup> inicia la extraña dualidad de definiciones de dividendos, pues una primera aparece en el articulado y otra en los Comentarios o textos de similar naturaleza. En efecto, en la Parte I, párrafo 5 del Informe de 1958 incorpora una definición de dividendos que hoy en día se mantiene en el párr. 1 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE con algunos cambios, y que, curiosamente, no coincide con la literalidad de la definición prevista en el proyecto de artículo del Primer Informe del WP12 o del art. 10.3 del MCOCDE de 2010<sup>488</sup>.

---

<sup>482</sup> FC/WP12(60)4 (24/09/1960)

<sup>483</sup> FC/M(60)5 (12/10/1960)

<sup>484</sup> FC/WP12(61)1 (06/01/1961)

<sup>485</sup> FC/WP12(61)2 (09/02/1961)

<sup>486</sup> FC/WP12(61)3 (20/02/1961)

<sup>487</sup> OEEC, FC/WP12(58)1 Part I. (28/11/1958); FC/WP12(58)1 Part II. (28/11/1958)

<sup>488</sup> HARRIS 1999: p. 17; HARRIS 2000: p. 76. Los documentos de la OEEC han sido contrastados por el autor en la página <http://www.taxtreatieshistory.org>, consultada el 18 de enero de 2012.

A continuación se observan en el idioma oficial las definiciones que traía ese Primer Informe:

<b>Párr. 5 Primer Informe WP.</b>	<b>Definición prevista en los proyectos de articulados A y B y sus Comentarios</b>
<p>a) By "dividends" is generally meant distributions of profits by companies limited by shares (1), limited partnerships with share capital (2), limited liability partnerships (3) or other commercial associations with a joint stock. Under the laws of all European countries, such "joint stock companies" (4) are legal entities with a separate juridical personality distinct from all their shareholders or members. On this point they generally differ from partnerships of individuals. The consequences of this from the taxation point of view are well known:</p> <p>The profits of a partnership of individuals are the partners' profits derived from their own exertions: for them they are industrial or commercial profits. So the partner is ordinarily taxed personally on his share of the partnership capital and partnership profits.</p> <p>The position is different for the shareholder he is not a trader and the company's profits are not his so they cannot be attributed to him. He is personally taxable only on these profits which are distributed by the company (apart from the provisions in certain legislations relating to the taxation of undistributed profits in special cases). From the shareholders' standpoint, dividends are income from the capital which they have made available to the company as its shareholders.</p>	<p>(4) In this Article, the term "dividends" means income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital, "jouissance" shares, mining shares, "jouissance" bonds, founders' shares, debentures participating in profits, and other corporate profit sharing rights represented by paper securities, as well as income from shares in co-operative societies and limited liability partnerships.</p> <p>Párr. 10: 10. The definition of dividends in the drafts (...) corresponds to the definition to be found in a number of different Conventions. <u>What counts is the character of the security.</u> The essential condition is that there must be on the one hand an independent legal entity (payments by partnerships of individuals are thus excluded), and on the other hand a relationship founded on a contract of association and giving a right to participate in the profits. The list may be added to if necessary. It will, in particular, be necessary to decide whether the investment company certificates known in certain States should be included or not in this definition.</p> <p><u>The form which the dividends takes is of little importance.</u> There should be included in them not only payments in cash, but also benefits of ascertainable monetary value allotted to shareholders (<u>hidden distributions of profits</u>) and other benefits which the law of the Contracting States assimilates to</p>



Los CDI entre Italia y Suecia de 1956 y entre Francia e Italia de 1958 influenciaron profundamente la definición del inciso 4 de los proyectos A y B contenidos en el Primer Informe. Se podrían mencionar otros Convenios, pero los que más se acercan en su redacción son estos, sobre todo porque se enmarcan en un tratamiento diferenciado de los dividendos respecto de los intereses. En unos pocos convenios de la época aparecía la definición en el propio artículo de dividendos, a veces se incluía en las definiciones generales, o incluso en protocolos finales<sup>490</sup>.

A diferencia de la que se encuentra actualmente en el MCOCDE, la definición que se adoptaba en el Primer Informe parecía ser autónoma y sin remisión expresa al Derecho interno<sup>491</sup>. La definición giraba alrededor de la expresión “corporate profit sharing rights”, que según los Comentarios se caracterizaban por la “condición esencial” de que la renta proviniera de la relación fundada en el contrato de asociación que supusiera un derecho de participación en los beneficios de una entidad legal separada. Tales condiciones se predicaban de toda la definición y le permitían ser autónoma con respecto al derecho mercantil y con ello flexible para comprender situaciones de fraude fiscal, pues los Comentarios desde ese entonces entendían que las distribuciones encubiertas de beneficios o las entregas de acciones gratuitas eran dividendos a efectos del CDI si eran beneficios asimilados a dividendos por los estados contratantes. HATTINGH argumenta que esa

---

<sup>489</sup> Subrayado nuestro.

<sup>490</sup> Art. 8.6 CDI Italia-Suecia 1956: “For the purposes of this Article, the term “dividends” means dividends and other income from shares, “azioni di godimento”, “buoni di godimento”, profit-participating debentures and like participations in companies, and income from participations in companies, and income from participations in private limited companies (società a responsabilità limitata). Art. 8.2 CDI Francia-Italia 1958 “For the purposes of the preceding sub-paragraph (b), the term “dividends” means income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital, “jouissance” shares, founders’ shares and all other similar corporate profit sharing rights, as well as income from shares in limited liability partnerships. Otros CDI consultados por WP para desarrollar la definición fueron los de Suecia y Suiza de 1948 y Suecia y Países Bajos de 1951 pero se referían genéricamente a “rentas del capital mobiliario”. Por ejemplo, el primero indicaba: “The term “income from movable capital” shall apply to both income from securities (loan bonds and other bonds, whether or not secured by real property, government bonds, pledge certificates, mortgage bonds, shares, “jouissance” shares, “jouissance” certificates, founder’s shares or other membership shares in the form of securities) and to income from other loans, deposits, cash guarantees or other capital assets, or from membership shares in private companies or co-operative societies.”: OEEC, FC/WP12(58)1, Part II; HARRIS 1999: p. 30; HATTINGH 2009b: p. 511; SASSEVILLE 2012: p. 71.

<sup>491</sup> Ver discusiones en torno al tercer elemento.

remisión era simplemente la explicación de que la definición era flexible, pero no descartaba la necesidad de que dichas rentas cumplieran con la “condición esencial”<sup>492</sup>.

**a) Primera parte:**

La primera parte de la definición tiene su origen en la frase de la definición del primer Informe que se lee:

“income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital, "jouissance" shares, mining shares, "jouissance" bonds, founders' shares”.

Esta redacción se fundamentó en varios elementos contenidos en las definiciones de dividendos o de rentas del capital mobiliario de los CDI seleccionados por el WP12, destacándose el CDI entre Suecia y Suiza de 1948<sup>493</sup>. El Segundo Informe del WP12 modificó este elemento al dejar de enunciar los tipos de sociedades y referirse únicamente a los tipos de derechos. El cambio se da en la versión en inglés, pues mientras en el Primer Informe se indicó: “income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital”, la versión francesa se lee: “revenus provenant d’actions”; sin expresar el tipo de sociedades. Así, en la Sesión 18 del Comité Fiscal reflejada en el Segundo Informe del WP12 se corrige el error de traducción y textualmente se pasó a indicar en el apartado 3 (a) del proyecto de artículo:

“the term "dividends" means income from shares, "jouissance" bonds or jouissance shares, mining shares, founders' shares or shares participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subject to tax in the same manner as income from shares according to the fiscal laws of the State of which the company making the payment is a resident;”

En las Sesiones 22 y 23 del Comité Fiscal, al analizar el Informe Final del WP12, se decidió modificar la primera parte de la definición sólo en la versión inglés, para indicar que “bons de jouissance”, en francés, no se traducían al inglés como “jouissance bonds”

---

<sup>492</sup> HATTINGH 2009b: p. 510.

<sup>493</sup> vid. Nota al pie 490

sino como “jouissance rights”<sup>494</sup>. Se mantienen las “mining shares, founders’ shares or other corporate rights participating in profits...” lo cual, como puede verse, se acerca más a la definición del MCOCDE de 2014. El párr. 5 del Primer Informe posteriormente aparecería en Comentarios al MCOCDE (hoy en día con modificaciones en el párr. 24 al art. 10) y sigue manteniendo una enunciación de los tipos societarios.

## **b) Segunda parte**

El origen del segunda parte se encuentra en la definición del artículo propuesto por el Primer Informe en la siguiente frase: “debentures participating in profits, and other corporate profit sharing rights represented by paper securities”, que provenía de la traducción del francés “obligations participant aux bénéfices et autres parts sociales sous forme de papiers-valeurs”. Según los Comentarios a los borradores esas obligaciones debían cumplir la condición esencial de que exista “de un lado, una entidad legal independiente (pagos realizados por partnerships de individuos están en consecuencia excluidos), y de otra, una relación fundada en un contrato de asociación y que otorgue derechos a participar en los beneficios”<sup>495</sup>. Así, a efectos de distinguir dividendos e intereses se partía de analizar si el título participaba en beneficios y, en consecuencia, si no tenía una tasa fija de retorno<sup>496</sup>, aunque el problema estaba en definir el sentido de “contrato de asociación”, pues aunque es un concepto con contenido más jurídico que el actualmente adoptado por los CMOCDE de la asunción de riesgos que veremos más adelante, de todas formas dejaba la duda de si cualquier acuerdo del cual surgiera un derecho a participar en los beneficios de una compañía era un contrato de asociación, o si, por el contrario, se requería alguna formalidad o de los elementos esenciales adicionales propios del Derecho societario. Para PIJL el hecho de que los Comentarios utilizaran la palabra “contrato” permite inferir que no necesariamente debía ser una relación basada en la legislación societaria, al tiempo que el término “asociación” es indeterminado, pues

---

<sup>494</sup> FC-M(61)2F Este cambio ha sido explicado por PIJL(61) como un reconocimiento a la que la definición quería incorporar algo más que los derechos derivados del derecho societario, pero a nuestro juicio ello resulta dudoso, puesto que el sentido parece estar restringido a ser derechos provenientes de un contrato de asociación. PIJL 2011: p. 500.

<sup>495</sup> PIJL 2011: p. 498.

<sup>496</sup> Convenios Italianos anteriores al Primer Informe utilizaban este criterio.

comprende un gran grupo de organizaciones de personas quienes se unen para desarrollar un objeto común<sup>497</sup>.

Al parecer no se le dio mayor importancia al requisito del contrato de asociación, o éste fue entendido de forma amplia, similar a como lo expone PIJL, ya que los documentos históricos dan a entender que para algunos representantes la definición incluiría a todas las obligaciones o créditos (*debentures/obligations*) que participaran en beneficios. Muestra de ello es la sugerencia de modificación hecha por la Delegación alemana según la cual las rentas de obligaciones que participaran en beneficios debían pasar a ser tratadas como intereses. Esta última idea toma fuerza en la Sesión 18, afirmándose que la definición debería ser restringida<sup>498</sup>, de manera que en la Sesión 20 del Comité Fiscal se elimina la frase “debentures participating in profits” –“obligations participant aux bénéfices”- y por ello no aparece en el Segundo Informe del WP12, dejando claro que las obligaciones que participen en beneficios serán tratadas de acuerdo con el artículo de intereses<sup>499</sup>. El *International Tax Group* liderado por AVERY JONES ha entendido que con esta modificación “no puede haber sido pretendido tratar la renta de deudas que participen en beneficios como intereses, mientras que se trate a la renta proveniente del excesivo endeudamiento como dividendos”<sup>500</sup>. Sin embargo, como lo dicen los mismos autores, muy seguramente el problema de la subcapitalización ni siquiera estaba en la mente de los redactores<sup>501</sup>, lo cual descartaría una interpretación histórica concluyente al respecto.

En el Segundo Informe se reemplaza además la frase “corporate profit sharing rights represented by paper securities –*parts sociaux sous forme de papiers-valeurs*–” por “shares participating in profits –*parts bénéficiaires*–” y no se prevé en el articulado la exclusión de los derechos de crédito en el articulado, pero podía derivarse de la palabra “**shares**”. De

---

<sup>497</sup> PIJL 2011: p. 498.

<sup>498</sup> OEEC, Aide-mémoire, FC/WP12(60)2. Con posterioridad, en la Sesión no. 18 del Comité Fiscal a esta idea se suma Francia

<sup>499</sup> SASSEVILLE 2012: p. 71.

<sup>500</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 15. Nota al pie 66

<sup>501</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 21

hecho, así se entendía por los respectivos Comentarios al párrafo 3, que por primera vez utilizan la palabra “debt-claims” para distinguir entre intereses y dividendos<sup>502</sup>.

Si bien la palabra “shares” era utilizada en la versión inglesa (la versión francesa indicó “parts”) y de que los Comentarios en el Segundo Informe excluían a los derechos de crédito, en la Sesión 23 del Comité Fiscal se modificó la traducción inglesa que pasó a decir: “or other rights participating in profits”; sin hacer ningún cambio a la versión francesa<sup>503</sup>. Además, posteriormente se aclara, en el texto de la definición en ambos idiomas, que esos “derechos” no pueden ser créditos<sup>504</sup>. La excepción de los derechos de crédito ha sido explicada por la doctrina cómo una cuestión de adecuación de la traducción (“parts” a “rights”)<sup>505</sup>. De todos modos, la pregunta es porque se hizo esa “aclaración” en los dos idiomas y no solo en inglés si ya estaba tan claro en la versión francesa. A nuestro juicio, lo más razonable sería entender que fue una especificación necesaria que debía pasar

502

La versión en francés:	la versión en inglés:
<p>“Cet article se rapporte essentiellement aux distributions de bénéfices auxquelles donnent droit les actions, c'est-à-dire les participations à une société anonyme. Sont assimilés aux actions, les papiers-valeurs qui sont émis par les sociétés anonymes et qui donnent droit à une participation au bénéfice, <u>sans être une créance</u>; ce sont, par exemple, les actions ou bons de jouissance, parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Par contre, les obligation participant aux bénéfices ne font pas contre, les obligations participant aux bénéfices ne font pas partie de cette catégorie. Le fait qu'une part de bénéfice soit distribuée en plus de l'intérêt à taux fixe n'enlève pas aux obligations participant aux bénéfices leur caractère de créances. De même, les intérêts d'obligation convertibles ne sont pas des dividendes.”</p>	<p>“The Article relates, basically, to distributions of profits the title to which is constituted by shares, that is, holdings in a company limited by shares ("société anonyme"). The Article assimilates to shares all securities issued by companies limited by shares which carry a right to participate in the profits <u>without being debt claims</u>; such are, for example, "jouissance" shares or "jouissance" bonds, founders' shares or shares participating in profits. On the other hand, debentures participating in profits do not come in this category. The fact that a share of profit is distributed over and above the fixed interest does not deprive such debentures of their character of debt-claims. Likewise, interest on convertible debentures is not dividend.”</p>

<sup>503</sup> OEEC, FC/M(61)2

<sup>504</sup> OEEC, FC(61)1 Annexes

<sup>505</sup> AVERY JONES et al 2009, Nota al pie 68, indica que esto se hace pues se quería corregir la traducción del inglés al francés y al traducir “part” como “rights”, estos últimos podían comprender los derechos de crédito. “The exclusion for debt-claims is first found in a version of 23 May 1961 (FC(61)1ann) without any explanation for the change, but it is assumed that the drafting group made it because the general words “other rights participating in profits” were more general in English than parts in French and could have included creditor rights, which were not intended to be included on the change from the inappropriate reference to shares to other rights. In the same report, the definition of interest included “income from... bonds or debentures... whether or not participating in profits”.

de los Comentarios al propio texto, pues existían problemas en ambos idiomas oficiales para distinguir entre dividendos e intereses y cuyo origen estaba en la introducción de la segunda parte de la definición en términos tan abstractos, porque, según se deduce de los Comentarios al Segundo Informe, existían títulos valores o valores negociables (“securities”/ “paper securities”/“papiers-valeurs”/“wertpapiere”) emitidos por sociedades que, sin ser acciones propiamente, daban derecho a participar en los beneficios y que se asimilaban fiscalmente a los dividendos. Los mismos no necesariamente derivaban del derecho de sociedades, ni contenían una participación total en los beneficios, pues sus derechos sobre la liquidación podrían ser limitados<sup>506</sup>.

La naturaleza de los tipos de derechos, que no eran títulos valores y que preocupaban tanto al Comité Fiscal, puede explicarse en los CDI que tomó el WP12 para analizar la tributación de los dividendos. En efecto, dentro de los tratados que enumera el grupo, había varios que se referían a las rentas derivadas de *valores mobiliarios (securities/valeurs mobiliérs)* sin definirlos<sup>507</sup>. Otros, se referían no a los *capitales mobiliarios*, como el Tratado de Suiza con Suecia de 1948 que incorporó una definición con un contenido casi idéntico a los convenios de Suiza con Países Bajos de 1951, Suiza y Austria de 1953, y Suiza y Francia de 1953. La definición contenida en el Convenio Suiza- Suecia de 1948 se lee:

“El término “renta de los capitales mobiliarios” debe aplicarse tanto a la renta de valores mobiliarios (bonos de deuda y otros bonos estén o no asegurados por propiedad inmobiliaria, bonos gubernamentales, certificados de prenda, títulos hipotecarios, acciones, acciones de disfrute, certificados de disfrute, partes de fundador o otras acciones de membresía en forma de títulos valores), como a la renta de otros créditos, depósitos, garantías en especie u otros activos de capital, o de las participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada o sociedades cooperativas.”<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> PIJL 2011: p. 497.

<sup>507</sup> FC/WP12(58)1 Part II, p. 18 y ss. Suiza-Alemania de 1931; Alemania-Suecia de 1928; Alemania-Austria de 1954

<sup>508</sup> FC/WP12(58)1 Part II, p. 20. Suiza-Suecia 1948

Cómo se observa, el Convenio entre Suiza y Suecia apuesta por un entendimiento amplio de capitales mobiliarios comprendiendo así tanto los derechos sobre títulos valores, como de otros derechos, incluidos los que se tienen en sociedades sin que no otorguen un título representativo del capital. Esa cuestión no quedaba clara en aquellos CDI que se referían a rentas provenientes de *valores* mobiliarios.

Por su parte, el Convenio entre Francia y Noruega de 1953 se refiere a “las rentas derivadas de los títulos valores y rentas similares (ej. el producido de las acciones, de partes de fundador, de partes de interés y de comanditarios.)”<sup>509</sup> Esta aproximación ciertamente resuelve los casos problemáticos en donde no existe un capital mobiliario del que derive una renta que en sustancia se parece a un dividendo. Piénsese en el interés del gestor en una sociedad en comandita que, como se sabe, no representa un activo propiamente y ni siquiera se refleja en el capital social, pero da un derecho a participar de los beneficios.

El Modelo de la Sociedad de las Naciones de México a pesar de incorporar una categoría para las rentas derivadas de la propiedad mobiliaria hace una aclaración similar a la de los descritos Convenios, al incluir dentro de estas a las “rentas de las acciones y similares participaciones en sociedades, así como las rentas de los intereses de los socios ocultos o de los intereses de los socios que no tengan poderes de administración o responsabilidad personal en la sociedad de personas (*partnership*)”. Incluso, en los tratados donde se regula

<p>“1. The term “income from movable capital” shall apply both to income from securities (loan bonds and other bonds whether or not secured by real property, government bonds, pledge certificates, mortgage bonds, shares, “jouissance” shares, “jouissance” certificates, founder’s shares or other membership shares in the form of securities) and to income from other loans, deposits, cash guarantees or other capital assets, or from membership shares in private companies or co-operative societies.”</p>	<p>“1. L’expression “revenus de capitaux mobiliers” s’applique tant aux revenus provenant de papiers-valeurs (obligations d’emprunts et autres obligations garanties ou non par gage immobilier, titres de rente, lettres de gage, titres hypothécaires, actions, actions de jouissance, bons de jouissance, parts de fondateurs ou autres parts sociales sous forme de papier-valeur) qu’à ceux qui proviennent de prêts, dépôts, cautions en espèces ou autres avoirs en capital, ainsi que des parts sociales de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives.”</p>
---	---

<sup>509</sup> FC/WP12(58)1 Part II, p. 28. Francia-Noruega 1953, Art. 8:

<p>“Income derived from securities and similar income (e.g. from stocks, founders’ shares, shares in partnerships, interests in limited partnerships)...”</p>	<p>Les revenus des valeurs mobilières et les revenus assimilés (produits d’actions, de parts de fondateur, de parts d’intérêt et de commandites)</p>
---	--

como una categoría de renta independiente a los dividendos se buscó incluir a las que derivasen de “participaciones”. Eso se aprecia, por ejemplo, en el convenio entre Italia y Suiza de 1946 que distingue a los dividendos de otros rendimientos del capital y utiliza una definición similar a la que aparece en el Primer Informe del WP12, y cuyo tenor es el siguiente: “... el término “dividendos” significa dividendos y otras rentas de las acciones, acciones de disfrute, bonos de disfrute, títulos de participación en beneficios y participaciones similares en sociedades, y renta de las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada.”<sup>510</sup> Nótese que el propósito era exponer cómo los dividendos en un sentido convencional eran algo más que los dividendos en un sentido mercantil formalista, puesto que se incluían las rentas derivadas de títulos de participación en beneficios.

El interés por incluir como rentas mobiliarias o dividendos, según el caso, a las rentas que no derivaban de un título valor si no de un mero derecho contractual, fue entonces una razón adicional para incluir la referencia a la expresión rendimientos de “otros derechos... que permitan participar en beneficios” (*parts bénéficiaires*). El párr. 24 al art. 10 MCOCDE ha entendido hasta hoy como ejemplos de tales “títulos” (*securities/tires*) a las “acciones y bonos de disfrute”, así como a las “partes de fundador”. Lo extraño es que podría entenderse que el Comentario se refiere con “títulos” sólo a los títulos valores, lo cual obviamente carecería de sentido, pues precisamente la idea de incluir esa redacción, y de crear la segunda parte de la definición, viene de incorporar a ciertos derechos que no son necesariamente títulos valores. En inglés el término usado por el Comentario es “*securities*”, y como bien lo ha destacado PIJL, los “títulos incluidos en el artículo 10(3) no tienen que ser *securities* en su significado técnico. El término “*securities*” en el Comentario al Artículo 10 del Modelo OCDE (2010) en relación con la definición de dividendos es usado en un sentido amplio y el requisito no deriva del texto del tratado.”

<sup>510</sup> FC/WP12(58)1 Part II, p. 31. Italia-Suiza 1956, Art. 8:

<p>“For the purpose of this Article, the term “dividends” means dividends and other income from shares, “azioni di godimento”, “buoni di godimento”, profit-participating debentures and like participations in companies, and income from participations in private limited companies (Società a responsabilità limitata).”</p>	<p>“Pour l'application du présent article l'expression “dividendes” désigne les dividendes et autres revenus d'actions, d'actions de jouissance, de bons de jouissance, d'obligations participant aux bénéfices et d'autres parts sociales analogues, ainsi que des parts sociales de sociétés à responsabilité limitée.”</p>
--	---



En definitiva, el traslado de criterios distintivos de las “rentas del capital mobiliario” hacia los “dividendos” ha supuesto una confusión. El WP12 desde su primer informe incluyó la referencia a títulos valores que otorgaran derechos a participar en beneficios y desde entonces se ha debatido, de forma innecesaria, sobre que son los títulos valores. Esa discusión era relevante cuando los convenios contenían una renta para los títulos valores o valores mobiliarios, o incluso para las rentas mobiliarias. Cuando se crea una categoría de renta para los dividendos lo importante es distinguirla de los intereses, de los beneficios empresariales, de las ganancias de capital y de las otras rentas, para lo cual, la existencia o no de un título valor es irrelevante. Por eso creemos que las discusiones del WP12 en torno a la segunda parte deben ser vistas como un esfuerzo para delimitar a los dividendos, de forma que se comprendan derechos que no son los títulos enunciados en la primera parte. Así, una interpretación evolutiva de la segunda parte de la definición de dividendos estaría en desacuerdo con la idea de que “otros derechos” se refiere a títulos valores. Además, no podría admitirse que es una aclaración de la primera parte, porque su incorporación pretendió adicionar otros tipos de derechos que no fueran los expresamente enunciados en la primera parte, a partir de dos características esenciales: ser un derecho a participar en beneficios y su oposición a los derechos de crédito.

En todo caso, las discusiones que WP 12 y del Comité Fiscal se olvidaron de que existe una diferencia de traducción sustancial en el Modelo de 1963 (y en el modelo actual) ya que la segunda parte indica en Español “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios”, tal como se refrenda en el párr. 36 de los Comentarios al mismo. La versión inglesa se acompasa con la traducción al español hecha por el IEF que recién hemos citado, mientras que la versión francesa sigue manteniendo la frase “ou autres parts bénéficiaires à l’exception des créances...”. Para la versión gala, los otros derechos deben ser “participaciones”, en tanto que para la inglesa y española no aparece expresamente esa restricción. Sin perjuicio de que en el apartado sobre participaciones sociales del Capítulo III se profundice sobre éste asunto, dígame por ahora que las razones históricas apoyan una interpretación amplia del término francés “parts”, en una línea muy

similar a las versiones española e inglesa que se refieren a los “derechos” y “rights”, respectivamente.

En resumidas cuentas, con la segunda parte se concluye un proceso de desligamiento de los dividendos y los intereses que inició con el criterio distintivo del “contrato de asociación” incorporado en los Comentarios al Primer Informe y que se predicaba de toda la definición. Se finaliza esta etapa con una escisión de la primera parte con la segunda, quedando la limitante de no ser un derecho de crédito en esta última. Además, la creación de la segunda parte se liga estrechamente con la de la tercera como se expone a continuación.

### **c) Tercera parte**

MAY argumenta que en el Primer Informe la definición no era exhaustiva, pues la expresión “other corporate profit sharing rights represented by paper securities” provenía de la versión francesa “et d’autres parts sociales analogues” o del italiano “ogni altra quota sociale análoga” que significaría otras participaciones análogas en sociedades<sup>511</sup>. Si bien ese recuento es cierto, como expondremos adelante, el Primer Informe no hacía una remisión al derecho interno de ningún Estado en particular, y su interpretación debía ser inicialmente autónoma de acuerdo con lo que hoy es el Art. 3.2. MCOCDE. Por ello, poco más que confusión nos aporta el que se diga que no era exhaustiva. Además, ninguno de los CDI analizados por el WP12 para construir la definición contenía una referencia directa a la legislación del Estado de la fuente<sup>512</sup>.

La tercera parte de la definición se crea en agosto de 1960 (FC/WP12(60)3) en la versión “final” del artículo (en el interregno entre el Primer y Segundo Informe), al modificar “corporate profit-sharing rights represented by paper securities” –“parts sociales sous forme de papiers-valeurs”- por un “as well as income from other corporate profit-sharing (sic) rights which are subject to tax on income from shares according to the fiscal laws of the State of which the company paying the dividends is a resident;” – “ainsi que les revenus d’autres parts sociales qui sont imposés comme les revenus d’actions, d’après la législation

---

<sup>511</sup> MAY 2011: p. 426.

<sup>512</sup> vid. HATTINGH 2009: p. 511.

fiscale de l'Etat dont la société distributrice est un résident;”<sup>513</sup> Los antecedentes que explican esta modificación se encuentran en la siguiente sugerencia del Presidente en la Sesión 18 del Comité Fiscal:

“El Delegado por Francia considera que la definición debería comprender participaciones en sociedades cooperativas, participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades en comandita simple en la misma forma que otras participaciones sociales. El Presidente señaló que bajo ciertas legislaciones las “participaciones” en las primeras dos no son consideradas “títulos valores”. Él considera que el párrafo 5 (a) debería referirse únicamente a las “participaciones sociales en forma de títulos valores” y aquellas rentas de las “participaciones sociales” que sean tratadas como dividendos por el derecho nacional o sean gravadas como tal.”<sup>514</sup>

A partir del Segundo Informe se modifica la dicción a: “other corporate rights which is subject to tax in the same manner as income from shares according to the fiscal laws of the State of which the company making the payment is a resident”, bajo lo que pudo ser una “polinización cruzada” con el WP11 que por esa misma época analizaba la definición de intereses<sup>515</sup>. Desaparece la probable aclaración, del “profit-sharing” y se deja la redacción aún contenida en el Modelo de: “corporate rights”. También sufre cambios la forma en que se hace la remisión. En la Sesión 23 del Comité Fiscal se cambia la redacción, seguramente para evitar las discusiones sobre los supuestos en que la renta es asimilada a los dividendos, pero no se sujeta a imposición efectiva, por lo cual, pasa a decir “other corporate rights assimilated to income from shares by the taxation law of the state.”

El concepto de “participaciones sociales” deriva del francés “parts sociales”. El *International Tax Group* justifica que el origen de esas dos palabras se encuentra en las expresiones “et autres parts sociales sous forme de papiers-valeurs” y “et d’autres parts

---

<sup>513</sup> OEEC, FC/WP12(60)3.

<sup>514</sup> Las minutas textualmente indicaban: “The Delegate for France thought that the definition should cover "parts" in co-operative societies, "parts" in "sociétés à responsabilité limitée" and "sociétés en commandite simple", in the same way as other "parts sociales". The chairman observed that under certain countries laws "parts" in the first two were not regarded as paper securities. He thought that paragraph 5 (a) should refer solely to "parts sociales sous forme de papiers-valeurs" and to such income from "parts de sociétés" as the national laws treated as dividends or was taxed as such.”

<sup>515</sup> HATTINGH 2009b: p. 513.

sociales analogues” presente en cuatro tratados suizos<sup>516</sup> y dos italianos<sup>517</sup> recogidos por el WP12, que buscaban incluir dentro de las rentas del capital mobiliario las participaciones análogas en compañías y las otras participaciones sociales representadas en títulos valores. Fruto de las traducciones al inglés de esta recopilación de tratados surgen muchas versiones<sup>518</sup>, que al final deberían ser entendidas “como un derecho similar al de los accionistas: un derecho como miembro de una compañía.”<sup>519</sup>

Lo que estaba en el fondo de la tercera parte era la definición misma de sociedad, pues de hecho, cuando se introduce la remisión al derecho interno se eliminan las referencias a las sociedades cooperativas y de responsabilidad limitada<sup>520</sup>. Curiosamente para esa época (septiembre de 1960) ya existía una definición de “sociedad” que había sido desarrollada por el WP14 el 3 de marzo de 1959, y que a partir de ahí continuaría como paralela a la remisión, cómo si realmente no trataran de referirse a lo mismo: definir la entidad distribuidora de dividendos; asunto que había quedado entre ambas normas<sup>521</sup>.

En el Segundo Informe del WP12 la remisión indicaba en inglés “Shares participating in profits, as well as income from other corporate rights...” y en francés “parts bénéficiaires, ainsi que les revenus d’actions...” Es ostensible la diferencia de traducción, pues mientras en inglés la remisión se refiere a “otras participaciones sociales”, como de hecho se utiliza hasta hoy en el Modelo, la versión en francés mencionaba a las “acciones”. Este error en la versión francesa es patente considerando que la finalidad del precepto era precisamente incorporar derechos de participación en el capital en las sociedades que no dividían su capital en acciones. Este error continuaría en el Proyecto de artículo Final del WP<sup>522</sup> y

---

<sup>516</sup> Con Suecia de 1948, con Países Bajos de 1951, con Austria de 1953 y con Francia de 1953.

<sup>517</sup> Con Suecia de 1956 y con Francia de 1958. En italiano: “ogni altra quota sociale análoga”.

<sup>518</sup> Los argumentos se basan en que la versión en inglés de los CDI que fueron analizados por el WP tenían traducciones diferentes de “et autres parts sociales sous forme de papiers-valeurs” como “other membership shares in the form of securities”; “other company shares in the form of securities”; “or other interests in the form of securities issued by bodies corporate”; “or other interests in the form of securities”.

<sup>519</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 19-21.

<sup>520</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 16. “Se puede concluir que la expresión (*parts sociales*) originariamente pretendía comprender las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, sociedades cooperativas y otras entidades como las *partnerships* gravadas como sociedades en Bélgica, Francia y Grecia”, como de hecho se aprecia hoy en día en los Com. 24 y 26 al art. 10 MCOCDE.

<sup>521</sup> Septiembre de 1960 - FC/WP12(60)4; 3 de marzo de 1959 FC/WP14(59)1.

<sup>522</sup> FC/WP12(61)3

aparecería corregido en el proyecto de Informe del Comité Fiscal al Consejo de 6 de mayo de 1961 a partir de cuando se refiere a “d’autres parts sociales...”<sup>523</sup>.

Se ha sostenido que el tema de la subcapitalización no tenía nada que ver con la creación del tercera parte<sup>524</sup>. En efecto, esto parece ser así, pues el problema que inicialmente la justifica son las diferencias de legislación en torno a qué personas jurídicas dan participaciones que generan derecho a recibir dividendos. A *contrario sensu*, no se buscaba definir qué participaciones en beneficios daban derecho a dividendos, pues ello había quedado aparentemente abarcado por la primera y segunda parte. En consecuencia, los problemas relativos a si entraban en la definición aquellas deudas que participaban en el riesgo empresarial estaban fuera la razón más aparente de creación de la remisión al derecho interno, pero posiblemente, si a su finalidad última que era dar un tratamiento tributario particular a las rentas que soportan una doble imposición económica sociedad-socio potencial.

De otra parte, en el Segundo Informe no existía la exclusión expresa de los derechos de crédito en el articulado, pero aquella podía derivarse de la referencia en francés a “parts bénéficiaires” y en inglés a “shares participating in profits” que según los Comentarios al párrafo 3 excluían a los derechos de crédito. En español se podría traducir esa versión como “**partes** que permitan participar en beneficios”. A estas palabras les seguía una coma y un “así como las rentas de otras participaciones sociales”. Tal redacción dejaba claro que la remisión no se afectaba por la restricción de que fueran “partes”, entendidas según los Comentarios como algo distinto a los “derechos de crédito”,<sup>525</sup>. De hecho, en la Sesión 23

---

<sup>523</sup> TFD/FC/126 Annexes

<sup>524</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 19-21.

<sup>525</sup> vid. HARRIS 1999: p. 45 y 58. Este autor entiende que, en ese punto, no hay pruebas de la intención del Comité de excluir los derechos de crédito de la remisión al derecho interno. Los comentarios en Francés del Segundo Informe (OEEC, FC/WP12(60)4): “Cet article se rapporte essentiellement aux distributions de bénéfices auxquelles donnent droit les actions, c'est-à-dire les participations à une société anonyme. Sont assimilés aux actions, les papiers-valeurs qui sont émis par les sociétés anonymes et qui donnent droit à une participation au bénéfice, sans être une créance ; ce sont, par exemple, les actions ou bons de jouissance, parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Par contre, les obligations participant aux bénéfices ne font pas partie de cette catégorie. Le fait qu'une part de bénéfice soit distribuée en plus de l'intérêt à taux fixe n'enlève pas aux obligations participant aux bénéfices leur caractère de créances. De même, les intérêts d'obligation convertibles ne sont pas des dividendes. La législation de bine des Etats assimile les participations à une s.a.r.l. aux actions. De même, les distributions de bénéfices faites

del Comité Fiscal cuando se adopta en el articulado la frase “excepto los de crédito”, las comas dejan perfectamente claro que la segunda parte de la definición, al englobar una categoría tan amplia como “otros derechos” hacía necesario restringirla a que no fueran un derecho de crédito. En consecuencia, la tercera parte no se afectaría por la restricción, pues queda posicionada delante de ella, y si se detalla en los Comentarios, éstos imponían la exclusión de los derechos de crédito cuando el texto del Modelo en la segunda parte se refería a la categoría “partes/shares/parts”, pero luego el Modelo en la tercera parte empezó a referirse a la “participaciones sociales/corporate rights/parts sociales”, que es una categoría distinta y sobre la cual no cabría aplicar la interpretación de los Comentarios anteriores.

Por otra parte, desde el Primer Informe existía una suerte de remisión al derecho interno en los Comentarios que buscaba aceptar a nivel convencional, aquellas distribuciones que los Estados contratantes consideraban dividendos pero que, formalmente y desde un punto de vista mercantil, no eran tales. Textualmente los Comentarios indicaban:

“La forma que tome los dividendos tiene poca importancia. Por ello deberían ser incluidos en la misma, no solo los pagos en dinero, sino también los beneficios valorables en dinero atribuidos a los accionistas (distribuciones encubiertas de beneficios) y otros beneficios que la legislación de los estados contratantes asimilen a dividendos (ej.. Acciones gratuitas)” (subrayado nuestro)<sup>526</sup>.

El Comité Fiscal en la sesión 20 aceptó la definición de dividendos propuesta en el Informe Final que ya contenía la remisión, pero en atención a la solicitud de los delegados de Grecia y Suiza estableció que el artículo debía comprender las capitalizaciones de reservas, como las acciones gratuitas que ya enunciaba el Primer Informe en los Comentarios. Es posible entonces que esta haya sido una segunda intención de los redactores en la remisión. De hecho, en el Modelo de 1977 el Comentario 28 se aclara al indicar que “las desgravaciones

---

par des sociétés coopératives sont généralement considérées comme dividendes. De telles formes de participation à des sociétés de personnes, on renonce à en faire ici l'énumération détaillée. Les distributions de bénéfices faites par des sociétés de personnes ne sont pas des dividendes. Le droit français fait toutefois exception à ce principe quant aux distributions faites aux commanditaires par des sociétés en commandite simple.”

<sup>526</sup> Las distribuciones encubiertas de beneficios se han mantenido en el comentario a través de tres palabras seguramente adoptadas como sinónimos “hidden” (Primer Informe), “concealed” (Segundo Informe) y “diguised” (Modelo 1963-2010).

previstas en el presente artículo se aplican sólo cuando el Estado de residencia de la sociedad deudora grave los citados beneficios como dividendos”. Esta última modificación, a diferencia de la referencia comprendida en el Primer Informe se basa en la redacción del Modelo de 1963, que ya había incorporado una remisión la legislación interna del Estado de la fuente de los dividendos, mientras que bajo la redacción del Primer Informe no quedaba claro la normativa de cuál Estado contratante era la relevante. Todo lo dicho quiere decir que la idea contenida en los Comentarios del Primer Informe toma carácter normativo con la creación de la tercera parte de la definición, pues antes se basaba en una interpretación autónoma de una definición, que basada en la condición esencial de ser un derecho fundado en un contrato de asociación que da derecho a participar en beneficios en una entidad diferenciada, pretendía ser flexible.

En consecuencia, aunque no se extraiga de la finalidad histórica primigenia y más evidente de la tercera parte lo mismo que se deduce de los Comentarios de 1977, que de hecho continúan con modificaciones hasta la actualidad<sup>527</sup>, parece claro que una vez creada la remisión en el MCOCDE de 1963 se incorporaron otros alcances que son reconocidos en el Modelo de 1977. En efecto, la remisión contenida en los Comentarios se refiere a otros tipos de rentas asimilados a dividendos, lo que podría ser más amplio que definir la entidad distribuidora de dividendos, aunque no constituye una “carta blanca” para los Estados contratantes<sup>528</sup>, pues se limita a que deriven de “participaciones sociales” y a que los mismos no vulneren la “buena fe”, so pena de generar un *treaty override* o un *treaty dodging*.

### **La concepción de los dividendos:**

Son varios los asuntos que preocuparon al WP 12 que debemos rescatar para describir el contexto y la concepción que se tenía de los dividendos.

#### **i) Partnerships, personas jurídicas y dividendos**

---

<sup>527</sup> párr. 28, Art. 10 MCOCDE.

<sup>528</sup> HATTINGH 2009b: p. 514. Este autor argumenta que históricamente nunca fue la intención dar una “carta blanca” al Estado de la fuente pues siempre se requería cumplir con las “condiciones esenciales” para la existencia de dividendos.

La distinción entre los beneficios de la entidad y los dividendos se vislumbra desde el Primer Informe que reconoció la existencia de entidades que, como algunas sociedades de personas (*partnerships*), no tienen una personalidad jurídica distinta de sus socios o miembros<sup>529</sup> y cuyas rentas se gravan en cabeza de los socios y no de la entidad. Con lo anterior, la calificación convencional de la renta debe ser la de los beneficios empresariales<sup>530</sup>. De esta forma, el art. 10 se reserva para los casos en que “el accionista”, por su condición de tal, recibe rendimientos que derivan del capital aportado a la sociedad, de manera que no aplica si los beneficios de la actividad son atribuidos al accionista<sup>531</sup>.

Así mismo, en la *Aide-mémoire* se adiciona una definición de “sociedad” que buscaba aclarar quién era ese “receptor” de dividendos al que se le podía aplicar la reducción de gravamen en la fuente por participación significativa, limitándose así a las personas jurídicas (*body corporate*) y excluyendo a las sociedades de personas (*partnerships*) e individuos. Esta idea se incorpora en el propio literal a) del art. 10.2 del MCOCDE 1963/2014 con un abreviado “sociedad (excluyendo *partnerships*)”. Es destacable que las aclaraciones del Art. 10 MCOCDE y sus Comentarios en torno a las *partnerships*, han coexistido con la definición de “sociedad” del Art. 3.1, aunque en el Modelo de 1963 la definición de sociedad queda definitivamente en el Art. 3.1 donde se mantiene hasta hoy.

## ii) La distinción entre dividendos y beneficios de la entidad distribuidora

La idea de que los dividendos eran un elemento de renta de naturaleza especial por ser económicamente la misma renta que ha tributado en cabeza de la entidad distribuidora se observa con especial realce en las discusiones sobre los sistemas de integración vigentes en algunos estados miembros de la OEEC. Desde el comienzo de los trabajos se reconocía la existencia de legislaciones que por excepción gravaban los beneficios no distribuidos<sup>532</sup>. Además, se entendía que “en sentido estricto, no es correcto hablar de impuesto sobre los dividendos cuando la tributación de los beneficios de la compañía toma en cuenta las

---

<sup>529</sup> párr. 3 FC/M(59)1

<sup>530</sup> párr. 4 FC/M(59)1

<sup>531</sup> Estas mismas ideas se recogen en los párr. 1 a 3 al Art. 10 del MCOCDE de 2010.

<sup>532</sup> párr. 5 FC/M(59)1



distribuciones, por ejemplo, cuando el tipo impositivo es mayor sobre los beneficios distribuidos que sobre los beneficios no distribuidos.”<sup>533</sup> En ese sentido, se acepta que la obtención de beneficios y la distribución de beneficios son dos hechos distintos<sup>534</sup>.

La doble imposición económica y el alcance del artículo de dividendos fue un tema crucial desde comienzo. Se supo desde el Primer Informe que como consecuencia de la existencia de dos contribuyentes en el Estado de la fuente (entidad distribidora y partícipe no residente) se puede presentar la doble imposición económica y jurídica, sin embargo, el alcance del Informe -y debería entenderse del artículo de dividendos-, es el de señalar el gravamen del accionista y no de los beneficios de la entidad distribidora. La perspectiva explicada partía de los trabajos de la sociedad de las naciones que tenían como base sistemas clásicos de tributación sociedad-socio. El WP sin embargo reconoce que ya existían sistemas de integración, discutiendo en todos los informes algunos de los problemas que se plantean, pero sin llegar a soluciones uniformes<sup>535</sup>. El asunto se deja, por tanto, a la libre negociación por cada Estado.

De hecho, en la Sesión 11 del Comité Fiscal (FC/M(59)1) se discutió la diferencia entre impuestos sobre la sociedad y sobre los socios, pues el Reino Unido tenía un sistema de integración donde se hacía una traslación de los efectos económicos al accionista pero el impuesto era pagado por la sociedad, causando confusión en la determinación de si se trataba de dividendos a los que se podría aplicar la limitación al gravamen de la fuente prevista por el proyecto de articulado o si era un tributo sobre los beneficios empresariales de una entidad residente en el otro Estado<sup>536</sup>. No se lograron a conclusiones uniformes,

---

<sup>533</sup> párr. 14 FC/M(59)1.

<sup>534</sup> HARRIS entiende que hay dos interpretaciones de estas líneas: la primera que, sería perfectamente correcta, según la cual no es correcto hablar de impuesto sobre el dividendo cuando se grava la generación de beneficios de la sociedad, mientras que la segunda, entendería erróneamente que no son impuestos sobre los dividendos aquellos los tributos que gravan la distribución de acuerdo con la imposición que han soportado los beneficios. El autor entiende que el impuesto sobre los dividendos “no deja de ser tales por el solo hecho de que el tributo que recae sobre los beneficios sociales sea alterado como resultado de su distribución.” HARRIS 1999: p. 18.

<sup>535</sup> HARRIS 1999: p. 18. Ello se aprecia en los resultados del cuestionario que practicó el WP. OEEC, FC/WP12 (60)1, 8 de enero de 1960.

<sup>536</sup> vid. HARRIS 1999: p. 35.

aunque de ahí derivó el párr. 49 de los Comentarios al art. 10 del Modelo de 1963 que se lee:

“Diferentes puntos de vista puede haber en torno a la naturaleza exacta de los impuestos (en el Reino Unido e Irlanda) que, aunque no recaen directamente sobre el accionista, son considerados como soportados por éste. No obstante, cualquiera que sea la perspectiva, los Estados al negociar convenios de doble imposición con el Reino Unido o Irlanda deberían tener la oportunidad de decidir, en cada caso en particular, si ellos están preparados para reducir su propio impuesto a la tasa especificada en el presente artículo, tomando en consideración las concesiones que estos dos Estados pueden ofrecer.”

Y es que como lo destacó HARRIS, aunque varios Estados miembros de la OEEC tenían sistemas de integración y que el WP12 los estudiara, se adoptó el sistema clásico en el MCOCDE porque proponer una solución internacional en un modelo que asumiera los sistemas de integración resultaba ser poco proteccionista de los intereses nacionales, como se observa de la discusión sobre la legislación del Reino Unido. Así, el sistema clásico daba una solución óptima en la medida en que era la que mejor salvaguardaba los intereses de todos los Estados. Aunque la reciprocidad fuera diluida en un etéreo criterio de las “concesiones” en cada negociación bilateral. Ello explica que el art. 10 no haya sido modificado sustancialmente desde 1963, a pesar de los estudios sobre los sistemas de integración como los del WP23 en la década de los setenta<sup>537</sup>.

En cualquier caso, el Primer Informe tiene unas líneas de lucidez en torno a la fiscalidad de los dividendos por cuenta de la observación de la delegación Alemana en los párrafos 39 y ss., donde resalta que si el Estado de la residencia de la entidad distribuidora elimina la doble imposición económica gravando al accionista y no a la sociedad, no hay razón para aplicar el límite del 5%, pues se estaría generando una falta de neutralidad frente a los residentes. Esta idea que se ha llamado de “reciprocidad efectiva” en oposición a la reciprocidad de la retención en la fuente, encuentra acomodo en las “posiciones de algunos estados debidas a las peculiaridades de su derecho interno” hechas por Grecia, Alemania e

---

<sup>537</sup> HARRIS 1999: p. 48, 49 y 68

Islandia al Art. 10 del MCOCDE de 1963<sup>538</sup> que reclamaban que sus CDI reconocieran la carga fiscal total de los beneficios de la entidad y de los dividendos, permitiendo aumentar el límite a la retención previsto en el Modelo, pero que desaparecen en el Modelo de 1977 ya que tras el estudio de 1973 sobre los sistemas de integración se limitó a concluir que este asunto debería ser definido por los Estados en cada acuerdo. Así, los estados mencionados levantaron las reservas bajo el entendido de que el Modelo en este punto era completamente abierto a la negociación<sup>539</sup>.

Cómo se observa, la reciprocidad efectiva de algún modo fue tomada en cuenta por los trabajos del WP12, aunque se pierde la lógica del Convenio entre Reino Unido y Estados Unidos de 1945 donde se hacía evidente que las variaciones en el impuesto sobre sociedades podría suponer un desequilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados. Se abandona la idea de poder inaplicar los límites del Tratado a los cambios del derecho interno, y se prefiere dejar una regla fija que establezca el porcentaje de tributación máximo que puede soportar el socio por los dividendos, advirtiendo que esos porcentajes no afectan al gravamen de la sociedad. El Modelo mantiene desde el borrador del Primer Informe del WP12 la regla según la cual el apartado 2 del artículo 10 “no afecta la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos”, que presta utilidad a la hora de justificar la necesidad de distinguir entre los impuestos que se atribuyen a la sociedad y los socios. Así, el MCOCDE logra más seguridad jurídica, pero menos justicia y reciprocidad en el reparto.

---

<sup>538</sup> vid. párr. 48 art 10 MCOCDE 1963. Esta idea aparece en otros comentarios, como en el del delegado de Grecia en la sesión 17 del Comité Fiscal (OECD, FC/M/(60)2). El Modelo de 1963 textualmente indica: “The solution proposed in paragraph 2 of the Article is based on the hypothesis that the purpose of a double taxation Convention is not to prevent the economic double taxation that occurs when a State taxes not only in the hands of the company its total industrial or commercial profits, but also, in addition, the profits distributed as dividends in the hands of the shareholder. If a State mitigates or abolishes such double taxation by charging on the company only a very low tax or no tax at all in respect of the part of profits to be distributed (because it fully taxes the profit distribution in the hands of resident shareholders), it must have the right to tax, at a higher rate than those mentioned in paragraph 2, the dividends received by a non-resident shareholder. The imposition of a higher tax at the source would thus be compensation for the fact that the distributed profits have not been taxed, or have been taxed at a reduced rate, in the hands of the company. In this case, it may also be necessary to charge a higher tax at the source than those mentioned in paragraph 2 in order to ensure that non-resident shareholders (or certain categories of shareholders, e.g. non-resident parent companies) are not in a more favorable tax position than resident shareholders. A number of States which have concluded Conventions with these countries have taken this peculiarity in their laws into account.”

<sup>539</sup> AULT 1992: p. 583 y ss.; HARRIS 1999: p. 22.

### iii) Distribución del poder tributario

Otro aspecto que debe resaltarse de los trabajos del WP12 es la definición de la estructura esencial de la asignación del poder tributario que se mantiene hasta hoy. El Primer Informe analiza los convenios firmados por los Estado europeos en esa época y concluye que existen 4 tipos: i) gravamen exclusivo en la residencia del receptor de los dividendos. ii) gravamen compartido, sin límites al Estado de la fuente. iii) gravamen en la residencia con la reserva de que los impuestos en el Estado de la fuente no sean exigidos o sean devueltos total o parcialmente cuando el accionista acredite ciertas condiciones. Se asume desde un inicio y se ratifica con el cuestionario realizado con posterioridad (FC/WP12(60)1), la existencia de un sistema clásico de gravamen, puesto que en la mayoría de estados existe una potencial doble imposición económica al gravarse tanto los beneficios de la sociedad y de los dividendos de los accionistas.

El Primer Informe hace una defensa teórica del gravamen en la residencia, que finalmente matiza para garantizar la eficacia de su propuesta (párr.30 y ss.)<sup>540</sup>. En efecto, destaca los intereses opuestos que sobre esta renta tienen los Estados exportadores e importadores de capital, por lo cual propone dos artículos distintos: el Draft A establece una tributación compartida con límites a la imposición en la fuente, y dejando un margen amplio de libertad a la negociación del CDI, y; el Draft B, restringe el gravamen en la fuente al 15% (regla general) o 5% (en caso de participación dominante<sup>541</sup>)<sup>542</sup>. Se entiende entonces una tributación compartida, en la cual el Estado de residencia debe otorgar un crédito por el impuesto exigido en la fuente (que puede ser limitado o no a un porcentaje). La influencia de la delegación italiana en este punto es crucial, pues se niegan a comentar el “Draft A” y apostar todas sus cartas al “B”. Además, proponen que cuando existe un EP en el Estado de la fuente de los dividendos, el mismo tiene “fuerza de atracción” sobre estos, de manera que no se deben aplicar las limitaciones porcentuales al gravamen en origen, lo cual es

---

<sup>540</sup> Fruto de esto son las referencias que aparecen en el Com. 9 al art. 10 MCOODE en torno a la difícil justificación de un gravamen en el Estado de la fuente

<sup>541</sup> El comentario 7 al Draft B explica que aún no se había fijado el porcentaje de participación dominante. El articulado incorpora la referencia a que la participación fuera “directa o indirecta” y se aclaraba que era sobre el capital y no sobre la administración como indicaba el Modelo de Londres.

<sup>542</sup> OEEC, FC/WP12/(58)1: párr. 21-25. Los porcentajes sobre el gravamen de los dividendos entre matrices y filiales son objeto discusión en la sesión 17 del Comité Fiscal (OCDE, FC/M/(60)2).

diferente a lo previsto en el apartado 3 de ambos “Draft” que exigen para ello que las acciones “sean parte de los activos de tal Establecimiento Permanente”<sup>543</sup>.

iii) Antecedentes de la cláusula de sujeción efectiva (*subject to tax*)

El párr. 4 de los Comentarios al Draft A del Primer Informe indica que la desgravación en la fuente, no requiere de una tributación efectiva en la residencia. De tal forma, no se exige una evidencia de carga impositiva, de forma que se pretenden evitar la doble imposición potencial. En todo caso, el del Delegado suizo en la Sesión No. 18 del Comité Fiscal consideró necesario incluir una cláusula de sujeción efectiva que releve al Estado de la fuente de la obligación de aplicar los límites del CDI cuando el Estado de la residencia no sujete a impuestos al receptor de los dividendos. En una línea similar los delegados neerlandés y alemán en la Sesión 22 del Comité Fiscal<sup>544</sup> proponen un texto sobre a las sociedades instrumentales y que se recoge en los Comentarios al párrafo Segundo del proyecto de artículo del Informe Final del WP12<sup>545</sup> y, con modificaciones, en el párr. 34 de los Comentarios al art. 10 del MCOCDE de 1963 (párr. 22 MCOCDE 2010).

iv) Eliminación de la doble imposición jurídica de dividendos

La propia forma de funcionamiento de los Grupos de Trabajo hizo que por momentos la evolución de la definición de dividendos se diera de forma aislada a la evolución de otros artículos del Modelo. Fue por esa razón que en algún punto de las discusiones, en concreto en la *Aidé-mémoire*, se llegó a incorporar un párrafo 3 que contenía las reglas para evitar la doble imposición en la residencia, lo cual, aunque parezca extraño hoy por hoy, era algo

---

<sup>543</sup> Sin embargo, a la fecha existían Convenios con otras redacciones como las que consideraban rentas del EP a los dividendos que fueran “atribuibles” o “realizadas a través de”. vid. HARRIS 1999: p. 29. Actualmente se exige que estén vinculadas efectivamente.

<sup>544</sup> TDF/FC/107.

<sup>545</sup> OEEC, FC/WP12 (61)3. “Where a company being a resident of one Contracting State and deriving dividends from the other Contracting State, is wholly or mainly owned by shareholders resident outside the first-mentioned State and where the main practice of such a company is not to distribute its profits in the form of dividends (e.g. private investment company, base company), it might be necessary to examine whether or not the limitation of taxation provided for in this Article is justified in respect of dividends paid to such a company, especially when such a company is enjoying substantial preferential tax treatment compared with the normal taxation applicable to other companies resident in the first-mentioned State.”

usado en algunos CDI de la época<sup>546</sup>. Tras reclamar la competencia sobre el tema, el WP15 asumió el estudio de esa materia. La bifurcación del tratamiento tributario de los dividendos en los CDI entre el artículo 10 y el 23, podría ser mal entendida como que el primero es el límite para el Estado de la fuente, mientras que el segundo es para la residencia. Pero ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el apartado primero del art. 10 trata de la tributación en la residencia. Por lo tanto, el Estado de la residencia está sujeto a la definición de dividendos prevista en el apartado tercero a efectos de la cuantificación del crédito fiscal (art. 23 A y B MCOCDE), teniendo en cuenta que el apartado segundo o cuarto, y a la regla de no extraterritorialidad del quinto.

Con todo, el 30 de julio de 1963 se adoptó el “*Proyecto de Convenio de Doble Tributación sobre la Renta y el Patrimonio*” (*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*), recomendando firmar o revisar los CDI siguiendo este modelo, y recogió en el Art. 10.3 la siguiente definición:

“El término dividendos, en el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador y otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a las rentas de las acciones por la legislación tributaria del Estado en el cual la compañía que hace la distribución es residente.”

### **2.2.3. ACTUALIZACIÓN DEL MCOCDE**

Desde la adopción del proyecto de 1963 el Comité Fiscal inició la recopilación de experiencias en la negociación y aplicación de los CDI, junto a los cambios de los sistemas tributarios de los estados miembros, la realidad social y negocial. En 1971 el Comité Fiscal es remplazado por el Comité de Asuntos Fiscales (*Committee on Fiscal Affairs*). En 1977 se publica un nuevo Modelo de Convenio, con igual nombre que el anterior, y con sus respectivos Comentarios, el cual responde a los retos continuos de los CDI: las nuevas tecnologías, la sofisticación de las operaciones económicas, la evasión y elusión fiscal. De hecho, estas mismas circunstancias fueron la causa de una nueva revisión del modelo en

---

<sup>546</sup> vid. HARRIS 1999: nota al pie 85. p. 42.

1988 y posteriormente en 1992. En esta última oportunidad, se adopta un Modelo dinámico, de actualización periódica (*ambulatory Model*) mediante hojas intercambiables, que permite reformar cada cierto tiempo las cláusulas y Comentarios sin que se tenga que esperar a una revisión total, pues se entendió que así reflejaría en cualquier momento la voluntad de los Estados miembros. Las principales revisiones que se han dado hasta la fecha son las de 1995, 1997, 2001, 2005, 2008, 2010 y 2014.

El Modelo de 1992 elimina la referencia a la eliminación de la doble tributación del título que aparecía en las versiones anteriores, y adopta el nombre de Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio. En 1997 se permite a los estados no miembros participar en la deliberación de la adopción de las modificaciones a los Modelos, puesto que se considera que ello permitirá una mayor adecuación del Modelo a los principios y reglas de la fiscalidad internacional, además que se reconoce que el Modelo OCDE ha influido en los Convenios celebrados por los Estados no miembros<sup>547</sup> en dos vertientes: de un lado, es el modelo básico de negociación para los distintos Convenios, e incluso para la elaboración de otros modelos como el de la ONU y el de Estados Unidos; y de otro, los Comentarios a cada uno de los artículos y los diferentes informes que han sido publicados por el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE en relación con asuntos incluidos en los Comentarios son un referente importante a nivel interpretativo como se ha dicho<sup>548</sup>. No hay que olvidar que desde el primer modelo la OCDE ha recomendado a los estados miembros seguir el Modelo cuando firme o revise un CDI, pero además, ha sugerido aplicarlos e interpretarlos de acuerdo con los Comentarios y teniendo en cuenta las reservas a los mismos.

Ahora bien, la definición de los dividendos el Modelo de 1963 se mantiene en su esencia hasta los tiempos actuales, pero sufre su última alteración en la redacción de 1977, ya que la remisión al derecho interno pasa a hacerse en los siguientes términos: “...otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.” Esta

---

<sup>547</sup> Cfr. MCOCDE Introducción aptdo. 1 a 11.1. VOGEL 1997: p. 2-4; MCOCDE Introducción aptdo. 1 a 11.1.

<sup>548</sup> Según se analizó al comienzo de este capítulo. vid. LANG 2010: No. 29-33 y 85-108.

modificación buscó dar más claridad que su antecesora, que comprendía a las rentas “asimiladas” a las rentas de las acciones por la “legislación tributaria”<sup>549</sup>.

En 1973 se conformó el WP 23 por Delegados de Bélgica y Alemania para que diseñara una definición de dividendos que no tuviera necesidad de remitir al Estado de la fuente<sup>550</sup>, pero luego de analizar los problemas no fue posible hacerla “completa y exhaustiva” debido a “las divergencias que subsisten entre los países miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria”. De esta forma se insta a los Estados a tener en cuenta sus particularidades para “convenir la ampliación de la definición de “dividendos” a **otros pagos** hechos por las sociedades a las cuales se aplica el artículo.”<sup>551</sup> (Negrilla nuestra). En el Modelo de 1963 el párr. 35 de los Comentarios al art. 10 indicaba que los Estados contratantes podían “acordar traer otras **distribuciones de beneficios** dentro del Artículo.” La modificación resulta entonces ligada a la reinterpretación de la tercera parte de la definición, pues se entiende que puede comprender cualquier clase de distribuciones de beneficios de sociedades siempre que exista una entidad distribuidora de dividendos y el rendimiento derivado de la participación sea gravado como rentas de las acciones.

Así, a partir de 1977 se aclara que el concepto no comprende todos los pagos hechos por las sociedades y que, si se quiere que estos sean dividendos a efectos convencionales, habría que incorporarlos expresamente. Las distribuciones de beneficios se entienden que entrarían la definición de acuerdo a la segunda parte, y si el instrumento del que derivan

---

<sup>549</sup> VOGEL 1996: párr. 199, p. 656 “...el objeto de ese cambio fue meramente el de dar mayor precisión al texto sin cambiar nada sustancialmente.” La modificación proviene de la propuesta belga del siguiente tenor: “The expression “assimilated to” would usefully be replaced by “which is subjected to the same taxation treatment as”. The latter expression seems more adequate when the law of a contracting State subjects to the same taxation treatment as dividends income from “corporate rights” (“parts sociales”) which preserve their specific designation (e.g. in Belgium income from capital invested by partners in associations other than companies limited by shares).” OECD, CFA/WP1(73)2 (31/01/1973) p. 16.

<sup>550</sup> Las conclusiones se aprueban por el WP 1 en su séptima reunión que tuvo lugar el del 13 al 15 de febrero de 1973. OECD, CFA/WP1(73)2 (31/01/1973); DAF/CFA/WP1/73.5 (11/04/1973). vid. SASSEVILLE 2012: p. 79.

<sup>551</sup> Tal como lo refiere el párr. 23 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE 1977 y que pervive con igual numeración en el de 2014. En el MCOCDE 1963 el párr. 35 indicaba: “In view of the great differences between the laws of O.E.C.D. Member countries, it is impossible to define “dividends” fully and exhaustively. Consequently, the definition merely mentions examples which are to be found in the majority of the Member countries’ laws and which, in any case, are not treated differently in them. The enumeration is followed up by a general clause. It is open to the Contracting States, through bilateral negotiations, to make allowance for the peculiarities of their laws and to agree to bring other distributions of profits within the Article.” (subrayado nuestro)



careciera de alguno de los elementos esenciales, podrían encuadrar en la tercera parte. De todas formas, si parece relevante la advertencia que hace la OCDE al indicar que la definición de dividendos no puede ser incorporada en los CDI de forma plana y mecánica, pues es fundamental realizar un análisis de las legislaciones de los estados contratantes. Ya veremos que la práctica demuestra que no siempre esta recomendación se sigue.

El Modelo de 1977 en el párr. 24 de los Comentarios al art. 10 hace explícito que son dividendos las distribuciones hechas por sociedades en el sentido de la letra b) del apartado 1 del Art. 3 del mismo texto. Los demás asuntos que aborda este Comentario ya habían sido desarrollados por la OCDE en sus trabajos previos al Modelo de 1963<sup>552</sup> y se reproducen en 1977 con una única alteración que resaltamos a continuación:

“... La definición alude, en primer lugar, a las distribuciones de beneficios a que dan derecho las acciones; es decir, las participaciones en una sociedad cuya responsabilidad está limitada a sus acciones (sociedad de capitales). La definición asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos: es el caso, por ejemplo, de las “acciones o bonos de disfrute”, partes de fundador u otros derechos con participación en los beneficios. Esta enumeración puede ciertamente adaptarse en los convenios bilaterales al derecho de los Estados contratantes. En particular, esto puede resultar necesario con respecto a las rentas procedentes de acciones de disfrute y partes de fundador. En cambio, los créditos que dan derecho a participar en los beneficios no entran en esta categoría (véase el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11); asimismo, los intereses de obligaciones convertibles tampoco se consideran dividendos.” (Subrayado nuestro)

Desde 1977 hasta la elaboración de esta Tesis se mantiene inalterada la redacción del párr. 24. Lo propio puede decirse de los párr. 26 y 27. El Comentario 26 mantiene la idea de que “la legislación de numerosos Estados asimilan las participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada a las acciones. Asimismo, las distribuciones sobre beneficios efectuadas por las sociedades cooperativas se consideran, generalmente, dividendos.” Recuérdese que la versión de la definición contenida en el Primer Informe del WP12 indicaba que eran dividendos los elementos de renta provenientes de sociedades

---

<sup>552</sup> SASSEVILLE (2012) encuentra una redacción idéntica en el “Annex F- Commentary on Article XX Concerning the Taxation of Dividends”, *The elimination of Double Taxation – Third Report of the OEEC*, Organisation for European Economic Co-operation, Paris, 1963.

cooperativas y de responsabilidad limitada, y en el MC de 1963 la misma idea pasa a los Comentarios, bajo el entendido de que solo lo serán si encuadran en la tercera parte de la definición, es decir, si tales rendimientos son sujetos a imposición como las rentas de las acciones.

Por su parte, el Comentario 27 recoge los trabajos previos a 1963 en torno a la no consideración como dividendos de las distribuciones de beneficios de las sociedades de personas (*partnerships*) y le adiciona las conclusiones del WP 23 en los estudios de 1973, en el sentido de que deben hacerse aclaraciones en los CDI toda vez que las legislaciones internas permitan al titular de un interés en una entidad escoger entre el tratamiento fiscal de los rendimientos de una participación en una sociedad de personas (*partnership*) o de una sociedad de capitales y que analizaremos en detalle en el apartado sobre la entidad distribuidora de dividendos.

El actual párr. 28 de los Comentarios sufrió modificaciones en 1977 para especificar que la remisión al derecho interno de la tercera parte de la definición da fundamento legal a la que existía desde el Primer Informe del WP12 en los Comentarios al artículo. De esa forma, mantiene la conclusión, aunque con mayor respaldo del texto del Modelo, de que los dividendos no son únicamente los decretados formalmente por la asamblea. Es importante mencionar que en 1977 se introducen explicaciones adicionales consistentes en que no interesa si los dividendos son pagados con cargo a los beneficios del ejercicio o de ejercicios anteriores, como por ejemplo, los decretados con cargo a reservas. Se incluyen expresamente a los beneficios de las acciones gratuitas, los bonos, los beneficios de liquidación, que vienen a acompañar la vieja referencia las distribuciones encubiertas de beneficios. En la medida en que se pretende comprender como dividendos todas las distribuciones de beneficios actuales o acumulados que el Estado de la fuente “grave... como dividendos”, se aclara que obviamente eso no comprende la reducción de la importancia de los derechos de los socios, como por ejemplo, los reembolsos de capital. Aunque no queda claro si no lo es porque ese ingreso no sea renta desde el punto de vista teórico o porque el reparto del poder tributario no permitiría esa imposición.

El Informe de 1973 en el cual se basó la modificación propuso otros cambios que no fueron plenamente adoptados, como el siguiente que preparó el WP1:

“The term “dividends” also includes income from the alienation of dividend coupons or other similar rights where the capital relating thereto has not been transferred at the same time.

Such term does not, however, include:

- a) distributions constituting reimbursement of capital or affecting the character or size of the holding itself;
- b) company profits taxed solely in the names of the shareholders regardless of whether they are effectively distributed.”<sup>553</sup>

Los Comentarios de 1973 parecen descartar las dos de las tres ideas incorporadas en el aparte citado, puesto que no queda en el modelo una referencia a los cupones para el cobro de dividendos<sup>554</sup>. Tampoco se aceptó que la definición del art. 10.3 aplique a los dividendos ficticios de los accionistas. Sin embargo, parcialmente admite la idea del literal a), que pasa a indicar de forma más confusa que “no es determinante, en manera alguna, el hecho de que estas prestaciones procedan de beneficios sociales del ejercicio o provengan, por ejemplo, de reservas; esto es, de beneficios de ejercicios anteriores.” Parece que el interés era determinar un límite entre los beneficios de la liquidación y la devolución del valor nominal del capital suscrito, pero la redacción no está libre de dudas. En el 2014 el Comentario se modifica para especificar que son dividendos los beneficios obtenidos por las amortizaciones de acciones, haciéndose una referencia expresa al párr. 31 de los Comentarios al art. 13 que dejan claro que ello será así cuando el Estado de la fuente los grave como las rentas de las acciones. De esta manera, en los más recientes Comentarios se aprecia claramente la subordinación del art. 13 frente al 10 del Modelo.

---

<sup>553</sup> CFA/WP1(73)2

<sup>554</sup> El Informe además señaló: “The definition has been widened to that the term dividends also covers income arising from the alienation of dividend coupons or other similar rights where the capital relating there-to has not been transferred at the same time. The purpose of this extension is to prevent the definition as at present worded from being circumvented. A person who sells a dividend coupon thereby realises solely the income from his capital (share in a company), for he preserves the capital as such. Consequently, it must not be possible for such person to claim that he has realised a capital gain within the meaning of Article 13, which cannot be taxed in the company’s State.” OECD, CFA/WP1(73)2.

Los Comentarios 29 y 30 se adicionan en el Modelo de 1977 a raíz de los trabajos de 1973 que tienen que ver con los casos en que la renta de una participación social se otorga a personas que no son accionistas -por existir participaciones ocultas- o a personas ligadas a este, y dichas rentas se tratan como dividendos por los Estados (párr. 30). Ello puede generar conflictos al tener dos receptores de dividendos posiblemente sujetos a distintos CDI (párr. 29).

En 1992 se adiciona el párr. 25 al Art. 10 MCOCDE que recoge las conclusiones de los trabajos del Informe de Subcapitalización de 1987<sup>555</sup>, introduciendo un criterio distintivo entre dividendos e intereses a partir del criterio del riesgo. Además, se introducen los párrafos 37 a 39 que siguen las recomendaciones del Informe sobre sociedades base (*Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*<sup>556</sup>) en el sentido de argumentar la coherencia de las normas de transparencia fiscal internacional con el artículo 10 del Modelo, en especial con su apartado 5. De igual manera se modifican los párrafos 40 y subsiguientes de los Comentarios con el objeto de eliminar las referencias específicas a legislaciones internas.

### 2.3. VARIACIONES EN LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

Cómo es bien sabido el MCOCDE protege la tributación en el Estado de la residencia y, en general, los intereses económicos de los países miembros de esa organización, por ser elaborado en el seno de un grupo de países con economías desarrolladas<sup>557</sup>. De ahí que hayan surgido modelos alternativos, como el de la ONU (MCONU)<sup>558</sup>, que contempla un régimen que parte del MCOCDE, pero que se atenúa otorgando mayores competencias

---

<sup>555</sup> OECD 1987a.

<sup>556</sup> OECD 1987b

<sup>557</sup> Tal como lo subraya ROHATGI, la propia OCDE reconoció en 1963 que su modelo: “no era apropiado para países importadores de capital. Debido a que los flujos de ingresos se movían de manera importante de países en vía de desarrollo a países industrializados, el sacrificio en materia de ingresos era unilateral. Este factor requería una mayor asignación de derechos al cobro de impuestos a los países en vía de desarrollo en los varios Artículos del Modelo.” ROHATGI 2008: p. 118. Citando a OCDE (1965) Comité Fiscal. *Incentivos Fiscales para la Inversión Privada en Países en Vía de Desarrollo: Informe del Comité Fiscal de la OCDE*. París: OCDE. 1965.

<sup>558</sup> Llamado “United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries”, que cuenta con las versiones de 1980, 2001 y 2012. A estos trabajos se suma el “Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries” adoptado en 2003. La ONU cuenta con un *Grupo de Expertos en Tratados Tributarios entre Países Desarrollados y en Desarrollo*.

impositivas a la fuente. En la práctica convencional el Modelo ONU ha tenido un éxito relativo<sup>559</sup>, que en todo caso no se relaciona con el artículo de dividendos que no presenta cambios respecto al de la OCDE, salvo la referencia a los servicios personales independientes y la base fija en los apartados 4 y 5, y los porcentajes de limitación al Estado de la fuente<sup>560</sup>. La definición de dividendos en el MCONU no trae ningún cambio en la redacción e incluso los Comentarios de la ONU copian textualmente a los de la OCDE en este punto. Y es que mayoritariamente los CDI suelen reproducir la definición de dividendos del MCOCDE sin modificaciones o en términos generales mantienen la misma estructura de las tres partes. Salvo pocas excepciones<sup>561</sup>, los CDI contienen una definición de dividendos. También suelen tener el apartado 1 del art. 10 del MCOCDE, a excepción de algunos Tratados<sup>562</sup>. Los Convenios de España por lo general mantienen la literalidad del Art. 10.3 MCOCDE, en ocasiones con una ligera diferencia de traducción de la palabra “income” que, sin que resulte trascendente por ser una corrección de estilo para evitar las repeticiones, ha sido traducida indistintamente como “rendimientos” y “rentas”<sup>563</sup>, aunque

---

<sup>559</sup> El papel del Modelo ONU ha sido subestimado, pero gracias al estudio empírico de WIJNEN y MAGENTA se logró comprobar cómo hasta 1997, la fecha del estudio, el MCONU ha influido tanto en los CDI celebrados por Estados miembros de la OCDE y por estados en vía de desarrollo. WIJNEN & MAGENTA 1997: p. 574. El autor concluye: *“It can be seen from the table above that the UN Model has developed into an important instrument in the negotiation of tax treaties. Many developing countries, in shaping their tax treaty policy, have allowed themselves to be guided by its recommendations. But this is not all. It is equally apparent from the above table that the influence of the UN Model on the tax treaty policy of OECD members is far from negligible. The OECD can no longer ignore this influence, even though its model remains the greatest common denominator of OECD countries tax treaty policy. The time has come for the OECD to adopt some of the UN recommendations in its own model and to discuss certain other UN recommendations in its commentary.”*

<sup>560</sup> Respecto de esto último, las Naciones Unidas contradicen su lema de proteger la imposición en la fuente, en la medida en que los porcentajes de limitación de tributación en la fuente están abiertos a la negociación entre los estados, lo cual, en la práctica, ha supuesto reducir y no aumentar las tasas del 15% o 5% prescritas por el MCOCDE. Así mismo, se amplían los supuestos de reducción de la imposición por participación significativa que se reduce del 25% al 10% lo que en términos generales incide en una reducción de la potestad impositiva de la fuente.

<sup>561</sup> CDI Australia-Singapur; Por su parte Polonia en los CDI con Malasia, Sri Lanka y Estados Unidos no define dividendos expresamente. Según USS la ausencia de definición debe solucionarse atendiendo al concepto mercantil de dividendos y de esa forma significaría “una parte de los beneficios de una sociedad de capitales dividido entre los accionistas en proporción a sus acciones.” El CDI entre Polonia y Tailandia lo define como toda renta proveniente de participaciones sociales. USS 2012: p. 837. Los CDI de India con Grecia y Egipto no lo definen. SENGUPTA 2012: p. 581-582. Sin embargo, la jurisprudencia neerlandesa ha considerado que en ausencia de definición convencional se puede utilizar la tributaria interna, por esa vía permitió que la Administración gravara con los límites previsto para los dividendos la diferencia entre el valor nominal de las acciones y el precio de recompra de acciones por parte de la entidad distribuidora. vid. Países Bajos, *Hoge Raad*, Sentencia del 31 de agosto de 1998, caso 33.108. Disponible en: *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>562</sup> España-Bolivia 1998

<sup>563</sup> Ej.. España-Argelia 2005; España-Argentina 1993

técnicamente sería más adecuado lo primero. Sin embargo, en algún Convenio se ha usado de forma confusa el término “utilidades”<sup>564</sup> creando la inquietud de mayor entidad, de si la fuente sólo puede gravar la renta depurada con costos y gastos, aunque esto no cobraría sentido en la mayoría de los sistemas que prevén una simple retención sobre el ingreso bruto. Otra diferencia sutil es la indicación de que el término dividendos es el “empleado en el presente artículo”<sup>565</sup> y no “en el sentido de este artículo” como indica el MCOCDE en la versión del IEF. Finalmente, se utilizan indistintamente los vocablos “partes” o “participaciones” (de minas, de fundador)”.

En ciertos convenios la primera parte aclara, después de indicar que los dividendos son la renta de las acciones, que se “incluyen” a “las acciones o bonos de disfrute, participaciones mineras...”. Así se hace evidente que el listado de tipos de inversiones en sociedades es ejemplificativo, lo cual no es claro en el MCOCDE<sup>566</sup>. Otras variaciones se dan en tratados como el de España con Noruega de 2001 en el que no aparecen ni las acciones ni los bonos de disfrute<sup>567</sup>, o el de la República Checa (antes Checoslovaquia) de 1981 con España en el que se omite la referencia a las acciones de disfrute, o entre España y Argentina de 2013 que no contiene las participaciones mineras<sup>568</sup>, o el de España-Georgia de 2011 que contiene solo a las acciones y partes de fundador. Algunos CDI evitan, injustificadamente, repetir la palabra “acciones”, de forma que se leen: “rendimientos de las acciones o bonos de disfrute”, con lo cual genera la pregunta de si las acciones que no sean de disfrute se comprenden dentro de la primera parte<sup>569</sup>. Otros como el de España con Australia de 1992 y con Bulgaria de 1991 sólo se refieren a los “rendimientos de las acciones” y eliminan los otros tipos de inversiones, así como la segunda parte<sup>570</sup>. También, hay los que en la primera sólo contemplan los rendimientos de las acciones, pero la segunda mantiene una redacción idéntica al MCOCDE<sup>571</sup>. El Convenio entre España y Ecuador se refiere a “las utilidades de

---

<sup>564</sup> España-Ecuador 1992

<sup>565</sup> Ej. España-Argentina 2013.

<sup>566</sup> En contra VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. Este autor considera que la primera parte es ejemplificativa.

<sup>567</sup> España-Tailandia 1998; España-Vietnam 2006; Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

<sup>568</sup> También España-El Salvador 2009; España-Islandia 2002.

<sup>569</sup> España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Irlanda 1994; España-Luxemburgo 2007.

<sup>570</sup> España-U.R.S.S. 1986. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

<sup>571</sup> Los de España con Chile de 2004, China de 1992, India de 1995, Indonesia 2000, Malasia 2008, Serbia 2010. Esta redacción es similar a la del Modelo de Estados Unidos, que curiosamente no se aplica en el CDI entre España y ese país del año 2013; La práctica colombiana reciente ha ido en esta línea: Colombia-México

las acciones o aportaciones o de otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” utilizando así un novedoso concepto de “aportaciones” con un significado mercantil muy preciso en las legislaciones internas, al tiempo que su redacción hace confusos los límites entre la primera y segunda parte<sup>572</sup>. Algo similar ocurre con el Tratado entre España y Túnez de 1987 que contiene una variación de la segunda parte al redactarse como “otras partes beneficiarias, excepto los de créditos”, que parece ser una interpretación más cercana a la versión francesa.

Resulta muy especial el Convenio entre España y Países Bajos de 1972 que contiene la primera parte del precepto de dividendos del Modelo OCDE, pero la segunda no incluye la restricción a que no se trate de derechos de crédito<sup>573</sup> y, de hecho se aclara en el Protocolo que las “disposiciones del artículo 10 también se aplicarán a la renta de los bonos u obligaciones con derecho a participar en los beneficios.” Algunos convenios neerlandeses contienen definiciones simplificadas como la frase “renta de las acciones, y rentas de otros derechos que son sujetas...”<sup>574</sup> En una línea similar algunos CDI alemanes contienen reglas que consideran dividendo a “los beneficios atribuidos por acuerdos de participación en los beneficios”<sup>575</sup> o las rentas obtenidas por *sleeping partners* derivadas de su participación como tal, de bonos y de créditos participativos<sup>576</sup>. Todas las anteriores redacciones buscan evitar los conflictos de calificación sobre los rendimientos de negocios de dudoso encuadramiento en el art. 10.3 del Modelo.

---

2013; Colombia-República Checa 2013; Colombia-India 2013; Colombia-Portugal 2013; Colombia-Chile 2010. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

<sup>572</sup> En términos similares Ecuador-Alemania. vid. VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

<sup>573</sup> “El término “dividendos”, empleado en el presente artículo, comprende los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las células de fundador o de otros derechos que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que resida la Sociedad que las distribuya.”

<sup>574</sup> PIJL 2011: p. 496.

<sup>575</sup> VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. Alemania-Portugal 1982, Alemania-Suecia “similar-profit dependant remuneration”; Alemania-Reino Unido “income from profit-sharing participating loans”; entre otros.

<sup>576</sup> VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. p. ej. Alemania con Argentina, Checoslovaquia y Francia.

En muchos CDI españoles se observa una traducción distinta que hace confusos los límites entre la primera y la segunda parte<sup>577</sup>. Por ejemplo, el CDI entre España y Arabia Saudí de 2008 indica: “El término «dividendos» en el sentido de este artículo significa los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos que permitan participar en los beneficios, excepto los de crédito...” Como se observa, se aumenta el debate sobre si la primera y segunda parte tendrían que no ser derechos de crédito y participar en beneficios. Lo curioso es que en todos los CDI españoles que tienen una versión en inglés mantienen la redacción idéntica a la versión en inglés del MCOCDE. En algunos tratados con esta diferencia de traducción la versión en inglés es auténtica y preferente<sup>578</sup>, en otros, todas las versiones tienen el mismo valor<sup>579</sup>, y en otros, la versión en inglés no es auténtica<sup>580</sup>. Sin embargo, en otros CDI sólo existe la versión en español<sup>581</sup>.

Respecto de la tercera parte de la definición de dividendos, descontando las diferencias insignificantes de redacción, así como los casos en que no existe la remisión y el concepto puede reputarse autónomo<sup>582</sup>, encontramos las siguientes tipologías:

- i) los que siguen al MCOCDE en cuanto a la exigencia de que se trate de “participaciones sociales”<sup>583</sup> (o incluso producto de una mala traducción “derechos sociales”<sup>584</sup>), dentro de los cuales cabe distinguir entre los que utilizan una comparación entre el régimen fiscal que soportan las rentas, como el MCOCDE de 1977/2010<sup>585</sup> y los requieren que la renta sea asimilada a las rentas de las acciones, como el MCOCDE de 1963<sup>586</sup>.

---

<sup>577</sup> Lo curioso es que incluso CDI tan recientes como el de España y Chipre de 2013 contienen el mismo error a pesar de que la traducción del MCOCDE 2010 del IEF no lo contiene. Incluso CDI tan antiguos como el de España-Canadá 1981 o España-Finlandia de 1968 no caen en el error.

<sup>578</sup> España-Arabia Saudí 2008; España-Armenia 2012; España-Croacia 2006; España-Egipto 2006; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Eslovenia 2002; España-Georgia 2011; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; España-Japón 1974; España-Moldavia 2009; España-Nigeria 2009; España-Nueva Zelanda 2006; España-Serbia 2010; España-Sudáfrica 2008;

<sup>579</sup> España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Jamaica 2009; España-Reino Unido 2013 (En trámite de ratificación); España-Singapur 2012.

<sup>580</sup> España-Alemania 2012;

<sup>581</sup> España-Bolivia 1998.

<sup>582</sup> VOGEL 1997, Art. 10, párr. 223.

<sup>583</sup> El CDI entre España y Polonia de 1982 se refiere a “otros derechos societarios”.

<sup>584</sup> Colombia-Portugal 2013.

<sup>585</sup> España-Argentina 2013; España-Argelia 2005; España-Bosnia-Herzegovina 2010; España-Bulgaria 1991; España-República Dominicana 2013; Colombia-India 2013; Con redacciones igual o similares a: “otros



ii) los que hacen una remisión amplia al no exigir que sean rentas provenientes de participaciones sociales, sino de “otros derechos”<sup>587</sup>, o en forma confusa, de “participaciones”<sup>588</sup>, dentro de los cuales también es posible encontrar dos subtipos: los que exigen analizar el régimen fiscal al que se somete la renta o los que exigen que la renta sea asimilada a los rendimientos de las acciones.

iii) los que comprenden una remisión amplísima, al no exigir que derive de un derecho, ni de una participación, ni de una participación social, sino que meramente se trate de “otros rendimientos”. Aquí también es posible encontrar dos subtipos: los que exigen analizar el régimen fiscal al que se somete la renta<sup>589</sup> o los que exigen que la renta sea asimilada a los rendimientos de las acciones<sup>590</sup>.

En el MCEUA la definición de dividendos varía sustancialmente con respecto al MCOCDE, pues el apartado 5 de su Art. 10 adopta una remisión amplísima del siguiente tenor:

“Para los propósitos de éste artículo, el término dividendos significa renta de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como rentas que están sujetas al mismo tratamiento tributario que las rentas de las acciones bajo el derecho del Estado en el cual el pagador es un residente.”

Cómo se aprecia, la definición por remisión es más amplia que la contenida en el MCOCDE en la medida en que no existe la condicionante de que las rentas provengan de “participaciones sociales”. Así lo corrobora el Comentario al numeral 5 de las *Technical*

---

rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones... ” Más ejemplos en VOGEL 1997 párr. 203, art. 10.

<sup>586</sup> España-Austria 1968; España-Brasil 1975; España-Canadá 1981; España-Japón 1974; España-Polonia 1982. Con redacciones similares o idénticas a: “...las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que resida la sociedad que las distribuya.”

<sup>587</sup> p. ej. Colombia-Corea 2013; Colombia-México 2013; España-Chile 2004. Este último con la siguiente redacción “otras participaciones sociales o derechos sujetos...”

<sup>588</sup> p. ej. Colombia-Canadá 2012

<sup>589</sup> Con redacciones similares o idénticas a: “...otros rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente.” España-Alemania 2012; España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bélgica 2003 con la particularidad “... así como las rentas -incluso las satisfechas en forma de intereses-...”; España-Estados Unidos 2013; España-Hong Kong 2012; España-Reino Unido 2014, con la particularidad “...así como cualquier otro elemento sujeto al mismo régimen fiscal...”; España-Singapur 2012; España-Uruguay 2011; Colombia-República Checa 2013. Además, los de Polonia con Australia, Canadá y Nueva Zelanda. Vid USS 2012: p. 837. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

<sup>590</sup> España-Australia 1992 “otros rendimientos que la legislación fiscal del Estado contratante del que sea residente la sociedad que los distribuye asimile a los rendimientos de las acciones.” España-Finlandia 1968; España-Marruecos 1985; España-Suecia 1977; Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

*Explanations* que mencionan que los dividendos derivados de un ajuste secundario de precios (*constructive dividends*) son dividendos bajo la definición convencional. De igual forma lo son aquellas rentas o ganancias consideradas como dividendos bajo el Derecho estadounidense como es el caso de de la venta o redención de acciones, o incluso la transferencia de acciones en una reorganización. Se aclara además que las distribuciones de las *U.S. publicly trade limited partnerships* son dividendos para el Convenio puesto que “son gravadas como una *corporation* bajo el Derecho de los Estados Unidos”. Finalmente, se entiende que los intereses pagados por una entidad subcapitalizada “pueden ser tratados como un dividendo en la medida en que la deuda sea recharacterizada como capital bajo el derecho del Estado de la fuente.” Esta última idea retoma en alguna medida la exigencia de que los dividendos deben derivar de una participación social, pues exige la re-caracterización de la deuda en capital para poder admitir así que es un dividendo, lo cual parecería envolver una contradicción. Sin embargo, podría entenderse que el Modelo admite que la caracterización como “participación social” deriva no de un concepto autónomo convencional sino del que prevea el derecho interno del Estado de la fuente<sup>591</sup>.

También se encuentran en la práctica convencional española otras reglas que hacen una remisión amplia, pero con redacciones diferentes. Es el Caso del CDI entre España y Chile se refiere a “...otras participaciones sociales o derechos sujetos al mismo régimen tributario...”<sup>592</sup>, o el CDI entre España y Bélgica de 2003 que además aclaran que “incluso las satisfechas en forma de intereses” son dividendos si reciben el tratamiento tributario de estos últimos. El Convenio entre Canadá y Kenia indica: “así como la renta de otras participaciones sociales asimiladas a la renta de las acciones o cualquier otro elemento que se **presuma** ser un dividendo o distribución de una sociedad...” De hecho, Canadá no sigue el párr. 24 de los Comentarios al Art. 10 del MCOCDE, pues bajo el derecho interno ciertos intereses son tratados como distribuciones y por tanto definidos como dividendos<sup>593</sup>. India tampoco sigue al citado Comentario, pues su legislación interna entiende que los dividendos presuntos (*deemed dividends*) son cualquier distribución de activos acumulados

---

<sup>591</sup> vid. HELMINEN 2010: p. 176.

<sup>592</sup> Alemania-Francia. vid. VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

<sup>593</sup> BROWN & O'BRIEN 2012: p. 216-219

o cualquier avance o préstamo a un accionista con participación sustancial, en ciertas circunstancias<sup>594</sup>.

Es representativo el caso del Protocolo del CDI entre España y Suiza que define las expresiones utilizadas en el artículo 10.2, subapartado b), remitiendo a las Directivas de Intereses y Cánones, y Matriz-Filial<sup>595</sup>. La remisión a la Directiva es cuanto menos confusa, en la medida en que es evidente que el citado apartado utiliza expresamente el término dividendos, aunque el mismo no es definido por la Directiva Matriz-Filial, que por el contrario utiliza el concepto de “distribución de beneficios”. De ahí que podría plantearse un caso en el cual una renta sea considerada “distribución de beneficios” y no un “dividendo” según la definición del CDI, dando lugar a la cuestión de si los beneficios del subapartado deben concederse o no. Lo lógico sería entender que el concepto de dividendo del artículo 10.3 del CDI no está cubierto por la específica remisión y que el sub-apartado b) utiliza en todo momento el término dividendos, de manera que el concepto convencional debería prevalecer a efectos de aplicar el Tratado sobre el de “participaciones en beneficios”. Por el contrario, otros términos utilizados en el subapartado como “capital”, “sociedad”, “matriz” y “filial” contenidos en las Directiva serían aplicables al nivel del CDI gracias a la remisión.

### **3. NORMAS Y DOCTRINAS ANTI-ABUSO INTERNAS Y LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS**

---

<sup>594</sup> SENGUPTA 2012: p. 581

<sup>595</sup> El subapartado b) indica: “b) No obstante lo dispuesto en el subapartado anterior, el Estado contratante en el que la sociedad que paga los dividendos sea residente considerará exentos los dividendos pagados por esa sociedad a una sociedad cuyo capital esté total o parcialmente dividido en acciones o participaciones y que sea residente del otro Estado contratante, siempre que esta posea directamente al menos el 10 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos durante al menos un año, y siempre que la sociedad que paga los dividendos esté sujeta y no exenta respecto de los impuestos comprendidos en el artículo 2 del Convenio, y que ninguna de las sociedades sea residente de un tercer Estado en virtud de un convenio para evitar la doble imposición con ese tercer Estado. Ambas sociedades deben revestir la forma de sociedades de capital.” Textualmente indica el artículo 6.III del Protocolo de 29 de junio de 2006 indica: “referencia al artículo 10, apartado 2, subapartado b) y al artículo 12, apartado 7 las expresiones en ellos utilizadas se definen conforme a la Directiva del Consejo 2003/49/EC de 3 de junio de 2003 relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros y la Directiva del Consejo 90/435/EEC de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Por lo que respecta a Suiza, la expresión “sociedad de capital” comprende las: Société Anonyme/Aktiengesellschaft/società anonima; Société à responsabilité limitée/Gesellschaft mit beschränkter Haftung/società a responsabilità limitata; Société en commandite par actions/Kommanditaktiengesellschaft/ società in accomandita per azioni.”

La internacionalización de la economía ha traído consigo un aumento de la evasión, el abuso y la planificación fiscal. En respuesta, las legislaciones han ampliado la batería de herramientas con que cuenta una administración tributaria para comprobar, verificar y analizar la legalidad de una operación o situación económica gravable<sup>596</sup>. Muchos CDI incorporan normas anti-abuso para evitar el *treaty shopping*, esto es, la aplicación del Tratado a quienes en principio no tendrían derecho al mismo, o el *rule shopping*, es decir, la captación o elusión del presupuesto de hecho de una norma concreta del Tratado. Ninguna de las normas convencionales para evitar esos esquemas resulta de interés para este trabajo, pues hacen parte de los presupuestos para la aplicación del CDI, tema anterior al que ocupa esta tesis<sup>597</sup>. Sin embargo, uno de los aspectos centrales de la definición de dividendos de los Tratados tiene que ver con el hecho de que bajo muchos ordenamientos jurídicos internos existen cláusulas o doctrinas generales anti-abuso que conviven con normas especiales, también internas, que atacan específicos casos de fraude. Por lo general, las normas defraudadas a través de captación o elusión son aquellas del régimen interno de los dividendos. En otras palabras, es la definición interna de dividendos y su régimen jurídico el que usualmente resulta objeto de fraude. Por lo cual, como se tendrá oportunidad de ver a lo largo del Capítulo III de ésta Tesis, el Derecho tributario a los problemas de entidades híbridas, instrumentos financieros híbridos y los dividendos encubiertos<sup>598</sup>, que son las estructuras más comunes de fraude, no sólo por medio de conceptos tributarios autónomos, sino también a través de normas especiales y generales anti-elusión.

---

<sup>596</sup> DUFF 2009: p. 477 y ss.

<sup>597</sup> vid. CMOCDE y CMCONU al art. 1. Ejemplo de las cláusulas para evitar el *treaty shopping* son las de exclusión (exclusion), transparencia (look-through), sujeción efectiva (subject to tax), de tránsito (channel approach), de limitación de beneficios (limitation of benefits –LOB–), entre otras. La bibliografía sobre el particular es casi inabarcable. Por todos VEGA 2003; CARMONA 2010; DE BROE 2008: Chap. 7; Por su parte, un ejemplo de cláusula para evitar el *rule shopping* es la contenida en el párr. 21.4 al art. 1 MCOCDE.

<sup>598</sup> En relación con los dividendos encubiertos lo demuestra la extensa doctrina que en materia de operaciones vinculadas existe y la poquísima literatura que se refiere a la faceta mercantil del asunto. Baste citar en este punto la obra de BAGO ORIA quien aborda el problema desde el derecho mercantil, pero utilizando cuidadosamente los avances de la literatura alemana en materia tributaria. Destaca la autora los pocos trabajos en materia mercantil (nota al pie no. 13) frente a los extensos trabajos fiscales (nota al pie 12) en España. En Alemania los trabajos en materia mercantil son más abundantes y tienen ya una independencia de las soluciones fiscales (nota al pie no. 17). La interacción entre las soluciones fiscales y mercantiles no es sencilla, y ha de partir de la idea de que “los fines de ambos sistemas no son iguales y el concepto jurídico que utiliza cada uno de ellos tiene un significado y una repercusión jurídica muy diferente” BAGO ORIA 2010: p. 34-38.

El artículo 10.3 MCOCDE se relaciona con varias normas especiales anti-abuso internas, de carácter general o especial, cuyo efecto es recalificar como dividendos, a efectos domésticos, aquellos rendimientos que inicialmente fueron calificados por el contribuyente dentro de otra categoría. De forma inversa, las normas especiales o generales anti-elusión podrían recalificar como otro tipo de rendimiento a un elemento de renta inicialmente calificado como dividendo. En todos estos casos la pregunta relevante es: ¿son compatibles estas recalificaciones de rentas con el concepto de dividendo previsto en los CDI?, siendo más concretos: ¿se les aplica el artículo de dividendos del Convenio a esos otros elementos de rentas recalificados en dividendos por el derecho interno? Y, ¿se les aplica el artículo de dividendos a esos rendimientos recalificados en otras categorías de rentas por el derecho interno?

Por otra parte, el artículo 10 de los CDI puede ser objeto de *rule shopping* toda vez que el contribuyente pretenda cumplir con los presupuestos de hecho de una norma del CDI, “persiguiendo el beneficio que la regla convencional confiere en detrimento de otra norma que, en ausencia de tal planificación, hubiera resultado aplicable con consecuencias más perjudiciales para el contribuyente (por ejemplo, la conversión de un dividendo gravable en el Estado de la fuente en un interés o en una ganancia de capital no susceptible de imposición)”<sup>599</sup>. Para estos supuestos lo relevante para esta tesis será determinar si dicho *rule shopping* puede ser corregido a través de una interpretación del Tratado o de la aplicación de una cláusula o doctrina general anti-abuso interna, cuya norma defraudada (captada o eludida) sea precisamente la definición de dividendo convencional.

Hasta 1977 los CMOCDE no analizaban expresamente la relación entre las normas internas anti-elusión y los CDI, aunque la definición de dividendos del artículo 10 comprendería, según el respectivo párr. 39 de los Comentarios de 1963, las “distribuciones ocultas de beneficios” (*disguised distribution of profits*) que fueran gravadas como dividendos por el Estado de residencia de la entidad distribuidora. Ese Comentario que proviene de los primeros trabajos del WP12, incluso cuando la definición no contenía una remisión a la legislación interna permite ver que el art. 10 del Modelo busca proteger el poder tributario

---

<sup>599</sup> JIMÉNEZ MARTÍN & RODRÍGUEZ-RAMOS 2011: p. 64.

de los Estados sobre sus entidades residente y las distribuciones de beneficios que puedan afectar el primer nivel de imposición. Se aceptó así, de forma indirecta, que los CDI no limitan las normas anti-abuso, o de otro tipo, que consideraran como dividendos, a efectos fiscales, a aquellas rentas que desde el punto de vista jurídico-privado no lo tienen esa naturaleza, ya que no son decretadas por el máximo órgano de la sociedad. El citado párrafo de los Comentarios, como se expuso al revisar la historia, mantiene su esencia en el número 28 del artículo 10 de los CMOCDE más recientes. De tal manera, la primera conclusión es que las recalificaciones en dividendos producto de una elusión del concepto de dividendo en el Estado de la fuente ha sido aceptada de antaño por el Modelo, y se justifica en la idea protectora de la imposición de la entidad distribuidora en el Estado de su residencia, que encontró fundamento normativo en la remisión del art. 10.3.

Esa regla que comentamos es una excepción para un tipo especial de abuso del régimen jurídico de los dividendos, pero para el resto de abusos ha existido una amplia discusión que puede empezar a analizarse desde el párr. 7 al art. 1 MCOCDE 1977, mediante el cual se indicó que el propósito de los CDI es facilitar el comercio internacional y la inversión, a través de la eliminación de la doble imposición. Además, los CDI “no deben facilitar la evasión o el fraude fiscales”. De tal forma, los Comentarios indicaron que si un Estado deseaba combatir estos fenómenos, debía preservar las normas internas de los límites que pudieran derivar del Tratado a través de salvaguardas en los convenios mismos. Sin embargo, el párr. 23 al art. 1 daba a entender lo contrario: que los CDI no impedían la aplicación de la cláusula anti-elusión interna. Por lo cual, el asunto estaba lejos de ser coherentemente analizado. En 1992, como producto del Informe de *Base Companies* de 1987<sup>600</sup> se modifican los párr. 22 a 26 al art. 1, cuya lectura demuestran la complejidad del problema. Un grupo mayoritario de los países miembros de la OCDE argumentó la tesis de que los CDI no afectan las reglas internas anti-abuso, pues no “forman parte de las normas básicas contenidas en las legislaciones fiscales nacionales para determinar los hechos que dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria. Dichas normas no se contemplan por los convenios fiscales, y por consiguiente no se ven afectadas por ellos.”<sup>601</sup> De tal forma, “no

---

<sup>600</sup> OECD 1987b: párr. 39.

<sup>601</sup> párr. 23 art. 1 MCOCDE 1992.

necesitan ser confirmadas en el texto de los convenios para ser aplicables.”<sup>602</sup> Sin embargo, un grupo minoritario defendió la tesis contraria al entender que las normas anti-abuso “están sujetas a las disposiciones generales de los convenios de doble imposición, en particular cuando el propio convenio contenga disposiciones especiales para evitar el uso indebido del mismo.”<sup>603</sup> En cualquier caso, la presión del grupo minoritario o quizá, las propias dudas del mayoritario, supuso que la aceptación de la tesis de la compatibilidad de las normas internas anti-abuso estuviera condicionada a que no violen el espíritu del CDI, y en particular<sup>604</sup>, a que:

- a) “no desconozcan la atribución de actividades y/o rentas a una sociedad con personalidad jurídica en el sentido del Convenio”;
- b) no generen doble imposición cuando el contribuyente, bajo el estándar convencional, no cometa abuso del CDI;
- c) se apliquen sobre rentas activas reales y que no generen sospechas de elusión; y,
- d) la imposición sea comparable con la del país de residencia del contribuyente.

El asunto siguió en la agenda y en el año 2003 el CAF de la OCDE pretendió dejar claro que las normas anti-abuso internas no son contrarias a los CDI y, en esa línea, modificó los Comentarios al Modelo para construir una doctrina según la cuál se deben reconocer 2 tipos de países: a) aquellos en los cuales el abuso de un CDI es un abuso del derecho interno en virtud del cual se exige el impuesto, y; b) aquellos que consideran que el abuso del Tratado

---

<sup>602</sup> párr. 24 art. 1 MCOCDE 1992.

<sup>603</sup> párr. 23 art. 1 MCOCDE 1992.

<sup>604</sup> **“Podría invocarse el espíritu del Convenio, que solamente se violaría si aquellas normas resultan en la no atribución de actividades y/o rentas a una sociedad con personalidad jurídica en el sentido del Convenio**, y como consecuencia de las posiciones divergentes de los Estados contratantes sobre la cuestión, se produce una doble imposición económica al gravarse las mismas rentas en manos de dos contribuyentes diferentes (véase apdo. 2 del art. 9º).” párr. 23 art. 1 MCOCDE 1992. “Aun cuando estas y otras medidas anti-abuso descritas en los informes mencionados en el párrafo 11 anterior no son contrarias al espíritu de los convenios fiscales, existe acuerdo en que los países Miembros deben cumplir rigurosamente las obligaciones establecidas en los convenios fiscales en tanto no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios. Además, **es deseable que las medidas anti-abuso respeten el espíritu de los convenios fiscales a efectos de evitar la doble imposición. Cuando el contribuyente cumpla con tales medidas anti-abuso**, puede ser, además, oportuno concederle la protección de la red de convenios.” párr. 25 art. 1 MCOCDE 1992. “Sería contrario a los principios generales que inspiran el Convenio Modelo, y al espíritu de los convenios fiscales en general, extender la aplicación de las medidas anti-abuso a actividades como la producción, la prestación normal de servicios o la actividad comercial de sociedades que realizan actividades empresariales reales, cuando estén claramente integradas en el entorno económico del país del que son residentes y se realicen de tal forma **que no pueda sospecharse que existe elusión fiscal**. No deben aplicarse medidas anti-abuso a países cuya **imposición sea comparable** a la del país de residencia del contribuyente.” párr. 26 art. 1 MCOCDE 1992. (Negritillas fuera de texto) (traducción propia de la versión en Inglés)

es independiente del derecho interno. Para los últimos se establece un estándar común de abuso, mientras que para los del primer tipo la OCDE aplica la doctrina del *factual approach*<sup>605</sup> ya recogida por los CMOCDE de 1992, según la cual las normas anti-elusión son:

“parte de las normas básicas nacionales establecidas por la legislación tributaria nacional para determinar los tipos de hechos que dan lugar a una deuda tributaria, dichas normas no están contempladas en los convenios tributarios y, por lo tanto, no se ven afectadas por ellos. Por lo tanto, como regla general no existirá conflicto entre las citadas normas y las disposiciones de los convenios tributarios.”<sup>606</sup>

Esa idea se reitera el párr. 22.1 al art. 1 MCOCDE, donde se señala que las normas anti-elusión son las “reglas fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria”. Esta aproximación ha sido fuertemente criticada por simplificar en exceso los distintos tipos de normas anti-abuso<sup>607</sup>, pues muchas no recalifican los hechos<sup>608</sup>. En efecto, la aproximación de la OCDE no es la forma más correcta para definir los efectos de las normas anti-abuso, pues los mismos son aplicar la norma evadida o capturada, y no recalificar los hechos, que son los que son<sup>609</sup>. En otras palabras, no hay una recalificación de hechos cuando se trata de una norma anti-abuso

---

<sup>605</sup> ARNOLD 2004: p. 251; ZIMMER 2005: p. 25-26; ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: Apto. 5.4.2.; ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 6 y ss.

<sup>606</sup> párr. 9.2 art. 1 MCOCDE

<sup>607</sup> ARNOLD 2004: p. 251, quien destaca que hay tres tipos países: los que aplican el *factual approach*, descrito en el texto principal; los que aplican el *interpretative approach* en el cual la fijación de hechos depende de una cuestión interpretativa, y; los que no se pueden encajar en ninguna de las anteriores categorías, básicamente aquellos que como España tienen una cláusula general anti-abuso. Esta posición es matizada por ZIMMER (2005: p. 25) quien a pesar de criticar a los CMOCDE por simplificar en exceso la realidad, reconoce que la fijación de hechos a los que se refieren los comentarios son tanto los hechos reales, como los presupuestos de hecho fijados por las normas internas que determinan los elementos del hecho imponible. La crítica hecha por ARNOLD también en ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: Apto. 5.4.2.

<sup>608</sup> Y en este punto parece relevante destacar la crítica hecha por el Profesor ZORNOZA a quienes que han confundido el fraude a la ley con la simulación, bajo la discutible doctrina del “negocio indirecto”: “Precisamente por ello importa señalar que en el caso de estructuras negociales complejas, en que la conjunción de diversos negocios resulta necesaria para la consecución de la finalidad económica pretendida, difícilmente podrá apreciarse simulación, porque normalmente nos encontraremos ante negocios reales, cuyos efectos se quieren por las partes y que, como mucho, en el caso de resultar notoriamente artificiosos o impropios y carecer de otro motivo que la obtención de ventajas fiscales, podrían dar lugar a la apreciación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 LGT.” ZORNOZA 2010: p. 58. En la misma línea PALAO TABOADA 2009: p. 26. Este último autor distingue entre la simulación y el fraude de ley en los siguientes términos: “en la simulación hay dos actos o negocios jurídicos, cada uno de los cuales se adecua a la finalidad que, realmente el uno y aparentemente el otro, persigue; en el fraude a la Ley tributaria hay un único en el que, sin embargo, existe una discrepancia entre la causa objetiva y la finalidad perseguida por las partes, discrepancia que no se encubre mediante una apariencia jurídica.”

<sup>609</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 9. En igual sentido DE BROE 2008: párr. 80.



interna que, valga la repetición, recalifica la renta en atención a un presupuesto de hecho sustitutivo<sup>610</sup> o la aplicación de la norma eludida o captada. En tales casos, a pesar de que el contribuyente ha realizado verdaderamente los hechos contenidos en el supuesto previsto por la norma X, en virtud de la concurrencia de elementos de la norma anti-abuso se entiende que realizó los presupuestos de hecho de la norma Y, asignándole la consecuencia jurídica de ésta última. En palabras de los profesores ZORNOZA & BÁEZ, aunque:

“ambos, simulación y abuso, compartan un elemento de falsedad, este se refiere a objetos diferentes. En una operación simulada los contribuyentes mienten en lo que ha sido denominado como “hechos reales o puros” (¿fue el precio realmente pagado?; ¿La persona realmente tomó parte en esa reunión?). A diferencia, en una operación abusiva, los contribuyentes no esconden los hechos reales –en realidad quieren sus consecuencias legales- sino el propósito de la transacción que han llevado a cabo.”<sup>611</sup>

Esa diferenciación de los autores parece fundamental y no es tenida en cuenta por los CMOCDE introducidos en 2003, lo cual puede llevar a una total confusión entre simulación y abuso, y con ello, a un resquebrajamiento de la seguridad jurídica<sup>612</sup>. Incluso, entendiendo que los CMOCDE de 2003 se refieren a los hechos para significar los “presupuestos de hecho” de las normas jurídico-privadas o fiscales<sup>613</sup>, lo cierto es que la calificación de los mismos es un proceso que requiere de la interpretación de la norma<sup>614</sup>. Así, el *factual approach* es en una falacia interpretativa, pues los hechos reales requieren ser calificados en un proceso de ida y vuelta con la interpretación de la norma interna en la primera calificación, y luego, con la norma internacional en una segunda calificación. Esta última limitará las pretensiones impositivas derivadas de la primera. De este modo, si bien el derecho interno puede aplicar sus normas y doctrinas anti-abuso para determinar los hechos, ello es válido sólo con respecto a la primera calificación. La segunda, por el contrario, se basa en los hechos reales y su propósito precisamente es limitar esa primera calificación a través de las definiciones y beneficios convencionales. En definitiva, todo efecto de una norma anti-abuso interna será válido si se enmarca dentro de los límites impuestos por el CDI.

---

<sup>610</sup> En relación con cláusulas especiales, en el sentido de HENSEL 2005: p. 146.

<sup>611</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 13.

<sup>612</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 13-16.

<sup>613</sup> ZIMMER 2005: p. 25

<sup>614</sup> RUIZ & ZORNOZA 2008: p. 1193 y ss.

En todo caso, las recalificaciones derivadas de normas o doctrinas de simulación (*sham*) son un descubrimiento de los verdaderos hechos de la transacción, por lo tanto, no chocan con las definiciones convencionales, pues éstas se deben aplicar sobre los hechos realmente acaecidos<sup>615</sup>. Obviamente, es perfectamente posible que los estados contratantes no coincidan en la determinación de los hechos y que, por tanto, se dé una tributación asimétrica. En dichas circunstancias el procedimiento amistoso es una herramienta útil, aunque nada garantiza llegar a un acuerdo. Por ello, los procedimientos de fiscalización conjuntos entre las administraciones tributarias de los Estados involucrados son recomendables.

Tanto para aquellos países a los que se aplica el enfoque de hechos como a los que entienden que el abuso del CDI es independiente del interno, la OCDE indica que no existe obligación de conceder los beneficios de un CDI cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso indebido<sup>616</sup>. Por ello, para saber si “interpretativamente”<sup>617</sup> ha habido abuso del CDI o si el abuso del derecho interno es también abuso del CDI es relevante determinar un nivel o estándar de abuso convencional. Es por ello que se alteró el párr. 7 al art. 1 para indicar que los CDI “tienen como fin evitar la elusión y evasión fiscales”, lo cual, resulta un tanto extraño, pues la naturaleza restrictiva de las legislaciones internas de los CDI no permitirían entender esa finalidad<sup>618</sup>. En cualquier caso, los Comentarios pasaron a indicar que los beneficios de los convenios no deberían otorgarse a operaciones abusivas<sup>619</sup>. Aunque no se definen tales<sup>620</sup>, se da “un”<sup>621</sup> principio rector (*guiding principle*) según el cual los beneficios del CDI no se aplican “cuando uno de los principales objetivos

---

<sup>615</sup> ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: Apto: 5.4.5.;

<sup>616</sup> párr. 9.4 al art. 1 MCOCDE.

<sup>617</sup> Críticas al erróneo entendimiento del abuso como interpretación en ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 20 y ss.

<sup>618</sup> De ahí que la redacción anterior fuese más adecuada. vid. ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo: 5.4.1.

<sup>619</sup> párr. 9.4 art. 1 MCOCDE

<sup>620</sup> ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: nota 14.

<sup>621</sup> ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: nota 14. Destacan estos autores que la referencia a “un” principio y no “el” principio rector puede ser entendido como una forma de evitar sentar una norma anti-abuso o una definición de transacción abusiva, y mencionar un ejemplo del estándar común de abuso entre los estados contratantes. Sin embargo, critica que esta interpretación puede perderse en la lectura que hagan los contribuyentes y jueces.

para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir este tratamiento fiscal en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión.”<sup>622</sup>

De acuerdo con lo anterior, se reconoce un test de motivos económicos y el requerimiento de análisis de las finalidades de las disposiciones eludidas como factores determinantes de un nivel de abuso tal que haría inaplicable los beneficios del Tratado. No se menciona la artificialidad, lo cual hace del test de motivos económicos una regla anti-abuso circular, que además puede reñir con el derecho de la Unión Europea<sup>623</sup>. En relación con el test de motivos económicos, debe destacarse que se redacta como “uno de los principales objetivos” (*a main purpose*) y no como “el principal/único propósito” (*the main purpose*, como suelen ser redactadas las normas internas), cuando esa pudo haber sido la intención del CAF<sup>624</sup>. La vaguedad de la palabra “uno” podría dar lugar a considerar como elusivas operaciones perfectamente legítimas y acordes con el objeto y finalidad de los CDI<sup>625</sup>.

Así mismo, los Comentarios al MCOCDE de 2003 y al MCONU de 2011 pretenden hacer girar el concepto de abuso convencional del objeto y finalidad de las normas del Tratado. Es por ello que se indica expresamente en el párr. 7 al artículo 1 del primer Modelo que los CDI tienen como finalidad evitar la elusión y abuso fiscales. Obviamente, definir el segundo elemento del concepto de abuso convencional a partir de la finalidad anti-abuso del Tratado es completamente ilógico por circular<sup>626</sup>, pues –para terminar el trabalenguas– en todo caso hay que determinar que es abuso. Y esto último parece particularmente complejo cuando los CDI pueden tener tantas finalidades, como la promoción de las inversiones y el comercio entre los Estados contratantes, que en últimas suelen envolver el

---

<sup>622</sup> párr. 9.5 art. 1 MCOCDE

<sup>623</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 53 y 60.

<sup>624</sup> Así lo da a entender SASSEVILLE (2005: p. 461-463) quien dice que el *guiding principle* no fue inventado por la OCDE sino que reconoce los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia europea. En cualquier caso, como lo demuestra DE BROE (2008: párr. 100 y ss.), la doctrina citada por SASSEVILLE habla del único propósito (*sole purpose*) de evadir. WARD 1985: p. 68; VAN WEEGHEL 1998: p. 258.

<sup>625</sup> DE BROE 2008: aptdo.: 3.3.1.1. En la misma línea ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ 2004: p. 321. Las mismas críticas pueden predicarse del MCONU de 2011, aunque se atemperan por el párr. 27 de los Comentarios al artículo 1 que busca minimizar la inseguridad jurídica, al exigir que “el principio rector se aplique bajo la base de los hechos objetivamente encontrados, y no solamente la intención alegada por las partes.” párr. 25 de los Comentarios al art. 1 MCONU.

<sup>626</sup> ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo. 5.4.3. ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 55.

otorgamiento de desgravaciones o beneficios fiscales. Así, definir un término tan abstracto como el abuso en el marco de un CDI es prácticamente imposible sin la existencia de normas de salvaguarda específicas o cláusulas anti-elusión convencionales. No obstante, el objeto y finalidad del Tratado, puede ser entendido como la finalidad pretendida por la norma convencional eludida o captada. Dicho esto, conviene indagar en línea con los requerimientos de los CMOCDE de 2003: ¿Cuál es la finalidad de las normas de distribución, en particular del concepto convencional de dividendos?<sup>627</sup> Cómo se expondrá más adelante, esta finalidad es, en la mayoría de los CDI que siguen en MCOCDE, el reparto de la potestad tributaria para promover las inversiones y el intercambio comercial, a través de la eliminación de la doble imposición.

Ahora bien, en el 2003 se eliminan de los Comentarios dos de las restricciones a las normas anti-abuso. En particular las exigencias de que: a) “no desconozcan la atribución de actividades y/o rentas a una sociedad con personalidad jurídica en el sentido del Convenio”<sup>628</sup>; y, c) se apliquen sobre rentas activas reales y que no generen sospechas de elusión. Por su parte, la restricción contenida en el párr. 26 ya comentada y relativa a que las normas anti-elusión no proceden si la imposición es comparable con la del país de residencia del contribuyente, parece haber sido encasillada para las normas CFC. Por lo tanto, solo sigue existiendo en los Comentarios la exigencia de “eliminar la doble imposición mientras no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios”<sup>629</sup>. Así, se da a entender que las obligaciones del Tratado, incluidas las definiciones, siguen siendo

---

<sup>627</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 58 y ss. Para el citado autor el verdadero problema del segundo elemento de la definición convencional de abuso es que: “(i) ninguna de las pretendidas finalidades de los CDI (corrección de la doble imposición o la prevención de la elusión y evasión) parece ser adecuada para una propuesta de corrección del uso impropio de los tratados tributarios; (ii) el principio de reciprocidad puede ser relevante para estructuras de *treaty shopping* pero no permite determinar que es realmente un abuso, y (iii) parece imposible encontrar un elemento teleológico del diseño detrás de las normas de distribución...”

<sup>628</sup> Sin embargo, Bélgica y Luxemburgo siguen considerando que las normas de CFC desconocen la personalidad jurídica y por lo tanto son contrarias a los artículos 10.5, 7.1 y 5.7 del Modelo. vid. párr. 27.4 y 27.6

<sup>629</sup> Aunque el citado comentario podría hacer pensar que ante el abuso del CDI los beneficios del mismo se van al traste, lo propio es concluir, atendiendo al objeto y finalidad principal de los CDI, que el Tratado admite las recalificaciones respectivas y, en consecuencia, las obligaciones convencionales se aplican de conformidad a la categoría de renta recalificada. Mientras se demuestran los elementos del abuso, la renta recalificada será objeto de imposición de “conformidad” con el Convenio, de manera que si el Estado de la fuente la gravó, el de la residencia deberá conceder las desgravaciones previstas en el artículo 23 (A o B) MCOCDE. En la práctica, sin embargo, puede resultar más complejo el caso contrario, en el cual el Estado de la residencia deniegue la desgravación por abuso del CDI y el contribuyente deba por tanto exigir al Estado de la fuente recalificar de conformidad. vid. DE BROE 2008: párr. 162.

exigibles hasta que no se supere el estándar de abuso fiscal contenido en el Tratado<sup>630</sup>. Cómo se ha demostrado atrás, dicho estándar difícilmente será determinado, pues la finalidad de los CDI no permite más que garantizar un reparto de la potestad tributaria con base en las definiciones convencionales<sup>631</sup>.

Recapitulando y dejando de lado los casos en los cuales hay realmente una diferencia de apreciación de hechos como en la simulación, las recalificaciones hechas por la normas anti-abuso internas sólo pueden inaplicar los beneficios y conceptos contenidos en los CDI cuando se reúnan los elementos del concepto de abuso convencional. Como se ha expuesto, tal y como han sido redactados los CMOCDE de 2003 no existe una lógica intrínseca que permita darle algún valor interpretativo al *factual approach* o al *guiding principle*. Sin embargo, basándonos en la definición de uso indebido de los CDI de VAN WHEGUEL, para determinar el fraude del concepto de dividendo convencional, deben darse dos elementos: a) la única intención de evadir el impuesto de uno o ambos estados contratantes y; b) defraudar las expectativas fundamentales y perennes, así como los objetivos de política tributaria compartidos por ambos estados y con esto, el propósito del tratado en un sentido amplio<sup>632</sup>. En relación con el segundo elemento y a menos que se encuentren indicios en cada Tratado en un sentido contrario, el objeto y finalidad del artículo 10, en el entender del autor de esta tesis, sería distribuir el poder tributario sobre los dividendos y ciertos pagos que bajo su legislación son asimilados a los dividendos, sin afectar el derecho del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos de gravar ilimitadamente

---

<sup>630</sup> párr. 22.2 al art. 1 MCOCDE. Una posición diferente sobre los significados del mismo comentario en DE BROE 2008: párr. 162.

<sup>631</sup> Ese argumento se encuentra en la jurisprudencia Neerlandesa. Por ejemplo: Países Bajos, *Hoge Raad*, Sentencia del 15 de marzo de 1995, caso 29531. Disponible en: *Tax Research Platform*, IBFD. En este caso se analiza la aplicación del *fraus legis* a una *step transaction* consistente en la interposición de tres sociedades residentes en Países Bajos (X BV, D BV y C BV) a las que A, un individuo residente en Bélgica aporta sus acciones en B BV, entidad residente en Países Bajos. En una transacción posterior A aporta las acciones en X, D y C a E NV, una entidad constituida en las Antillas neerlandesas. Seguidamente B paga dividendos a X, D y C. Estas últimas tres en una transacción posterior recompran las acciones a E, quien luego distribuye dividendos al individuo residente en Bélgica. La Administración neerlandesa pretendió atribuir los dividendos directamente al individuo y desconocer la cadena de transacciones, pero el *Hoge Raad* sostuvo, entre otras cosas, que nada en el CDI permite inferir que ese tipo de beneficios pudiesen ser calificados como dividendos.

<sup>632</sup>“A number of criteria have been developed in this study to determine whether a particular use of a tax treaty can be labeled “improper”. The definition arrived at in chapter 7 contains two main elements used for the determination whether there is improper use of a tax treaty: Such use must have the sole intention to avoid the tax of either or both of the contracting states and must defeat fundamental and enduring expectations and policy objectives shared by both states and therewith the purpose of a treaty in a broad sense.” VAN WEEGHEL 1998: p. 258. Similares definiciones en MARTÍN JIMÉNEZ 2004: p. 27.

los beneficios de dicha entidad<sup>633</sup>. Por lo dicho, el CDI exige cumplir con la definición de dividendos a todas las recalificaciones hechas por el Estado de la fuente de los dividendos y de la residencia de su receptor o beneficiario, dentro del marco de interpretación de su texto. En relación con la primera jurisdicción, las recalificación que haga conforme al derecho interno deben encajar en la remisión o en la parte autónoma del concepto, mientras que para la segunda, tendrán que cumplir con la parte autónoma.

En efecto, es difícil fijar la finalidad del artículo 10 MCOCDE, más aún cuando la redacción del apartado tercero ha incorporado, en un solo concepto, tan variadas definiciones de participaciones sociales (una formal, otra abierta y otra por remisión) y en no pocas ocasiones los estados contratantes la han copiado en los Tratados sin ningún análisis del significado que podría adquirir respecto de cada jurisdicción, y en muchos casos, cobijando un grupo rentas que no tienen las mismas características fiscales que las rentas de las acciones ordinarias. Descartando la finalidad anti-abuso, por hacer circular el razonamiento, la única finalidad clara del art. 10.3 del Modelo es el reparto de la potestad tributaria. Alguien podría indagar sobre las intenciones subjetivas de las partes al hacer la distribución de rentas, pero dado que la CVDT da prevalencia a la interpretación objetiva, difícilmente podrá alegarse que la distribución de la potestad tributaria fue más allá del texto de las definiciones utilizadas por el CDI.

Por ello, la existencia de deducibilidad del pago en cabeza de la entidad distribuidora no puede ser considerada contrario a la finalidad u objeto del artículo 10 MCOCDE, pues ese un asunto de determinación de la base imponible de las entidades residentes, que no se ve limitado en modo alguno por el Tratado. Así, en este caso se podría alegar que el reparto de la potestad tributaria pretendía comprender las remuneraciones de los fondos propios que fueran deducibles, ya que así se promovían las inversiones y el intercambio de bienes y servicios. Ello, a pesar de que pueda parecer contrario a la finalidad histórica del art. 10 MCOCDE, pues como se ha demostrado, esta norma no pretendía afectar la imposición de la entidad distribuidora de dividendos y buscaba tratar de forma independiente una renta

---

<sup>633</sup> Se sobrentiende que ello no afecta la regla general de la existencia de un EP de la entidad distribuidora en el otro Estado contratante, que podrá ser sujeto a imposición por la renta que le sea atribuible de conformidad con el artículo 7 MC.

que soporta una doble imposición económica. Sin embargo, su tenor literal sólo permite entender que esta última es potencial y no real. Tal como lo ha afirmado con claridad DZIURDŹ la “verdadera causa de los *hybrid mismatch arrangements* y, los esquemas de deducción y no inclusión, es la divergencia en los derechos tributarios internos de los estados”<sup>634</sup>

Es más, en un lavado de dividendos el impuesto subyacente generalmente existe, sólo que se evita el impuesto sobre el socio al convertir la renta, por lo general, en una ganancia de capital no gravable en la fuente. Dado lo anterior, alguien podría agregar entonces que la finalidad del art. 10 es permitir el gravamen en la fuente, hasta el límite convenido, de las distribuciones de beneficios de las sociedades, sean directas o indirectas. Sin embargo, bajo ese entendido habría que definir distribución de beneficios, que obviamente no debería alejarse del artículo 10.3 MCOCDE, por lo cual volveríamos al punto de inicio. Es por ello que para determinar el fraude del artículo 10 MCOCDE se debe establecer el objeto y finalidad de la norma eludida o captada, que difícilmente podrá ir más allá del reparto de la potestad tributaria con base en la propia definición de dividendos. En conclusión, tal como lo ha dicho DE BROE: “El resultado de la recharacterización o redeterminación que usualmente tienen las normas internas anti-abuso solo pueden tener consecuencias a efectos del Tratado, si ese resultado se apoya en el texto del convenio, construido en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad.”<sup>635</sup>

Es importante referir que dada la finalidad y el efecto negativo de los CDI, su alcance es limitado para corregir los denominados *hybrid mismatch arrangements*, pues los conceptos convencionales se usan sólo para aplicar las restricciones a los Estados contratantes. De esta forma, las normas internas como la deducibilidad de los pagos hechos por la entidad o la exención por participación sustancial prevista unilateralmente no usan al art. 10.3 MCOCDE como norma calificadora. Así, las asimetrías en la calificación entre la fuente y la residencia difícilmente pueden ser atacadas por medio de la utilización de cláusulas generales anti-elusión tal como propone la Comisión Europea, ya que la sustancia no se

---

<sup>634</sup> DZIURDŹ 2013.

<sup>635</sup> DE BROE 2008: párr. 157.

pierde por el simple hecho de que un instrumento sea calificado asimétricamente en los Estados, ni parece posible probar la artificialidad, ya que la “realidad” sólo se puede determinar cuando hayan unos mismos conceptos<sup>636</sup>, y los de los CDI no tiene ese ámbito ni esa finalidad.

Cómo se aprecia, la finalidad del artículo 10 MCOCDE es repartir la potestad tributaria para atenuar la doble imposición, y sin duda la historia demuestra que se quería proteger el derecho del Estado de la residencia de la entidad distribidora de gravar los beneficios de la misma y ciertos pagos que, aunque tuviesen como fuente la participación social, entendida como una *societatis causa*, no fueren calificados como dividendos por el contribuyente. Así, el objeto y finalidad sólo podría servir para justificar recalificaciones hechas por el Estado de la fuente dentro del marco de la definición de dividendos convencional. Esta idea se ratifica además en la concepción de los dividendos como un segundo impuesto sobre una riqueza previamente gravada en cabeza de la sociedad. Si esto se acepta, la consecuencia sería que a efectos del Estado de la fuente sólo podrían ser dividendos la riqueza que se separa de la sociedad<sup>637</sup>. *A contrario sensu*, bajo el MCOCDE el Estado de la residencia del receptor no podría desconocer los mandatos de los artículos 10 y 23 bajo el argumento de la existencia de un abuso del artículo 10, dada la dificultad de concretar una finalidad distinta al reparto de la potestad tributaria con base en la definición de dividendos. Es más, bajo el artículo 23B (crédito fiscal), cuando se alegue la captación del artículo 10, en principio no habría una ventaja fiscal que derive del Tratado en el Estado de residencia del perceptor. Por el contrario, cuando el CDI prevé una exención para los dividendos obtenidos en el otro Estado contratante (i.e. *participation exemption*), podría alegarse una captación del artículo de dividendos en concordancia con el de eliminación de la doble imposición. Sin embargo, la finalidad de la citada exención será promover las inversiones internacionales a menos de que de su texto se infiera que sólo aplica para atenuar la doble imposición económica efectiva sociedad-socio por contener restricciones concretas. Ello se puede derivar de las críticas que alguna parte de la doctrina ha hecho a dos sentencias austriacas que denegaron

---

<sup>636</sup> DZIURDŹ 2013.

<sup>637</sup> POLITO 2012: p. 4.



la aplicación de la exención por participación sustancial prevista en los CDI por considerar que en los casos concretos había abuso<sup>638</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista del Estado de la residencia, cuando se elude el concepto de dividendo (art. 10 MCOCDE) y con ello la norma de crédito fiscal (23A.2 MCOCDE), puede haber una ventaja fiscal bajo el artículo 23A cuando la calificación de la renta supone la exención. No obstante, es difícil argumentar que la finalidad de reparto de la potestad tributaria del Convenio estaría conforme con las recalificaciones en dividendos de otro tipo de rentas hechas por el Estado de la residencia con el objeto de denegar la exención, si el Estado de la fuente no lo ha tratado dentro del art. 10. De hecho, para solucionar algunos de estos casos en sede del Estado de residencia, se adicionó el apartado 4 al artículo 23 MCOCDE, pero fuera de su alcance la doble no imposición no alcanza a ser solucionada.

En definitiva, hay dos sub-hipótesis que interesa analizar. a) los casos en que el concepto interno y convencional de dividendos ha sido defraudado, y; b) los casos en que el concepto de dividendo del Estado de la fuente ha sido defraudado y por vía de la remisión al derecho interno del art. 10.3 MCOCDE, la renta se califica como dividendos por estar sujeta al mismo régimen fiscal de las acciones. Esto último sólo ocurrirá cuando haya elusión del

---

<sup>638</sup> En este punto es relevante destacar dos sentencias austriacas que analizan la concesión de la exención por participación sustancial contenida por los tratados. En la primera se aborda el art. 10.5 del CDI entre Irlanda y Austria contentivo de una exención, que en el entender de la Corte Suprema Administrativa de 9 de diciembre de 2004 (comentada por OBERMAIR & WENIGER 2005: p. 466 y ss.; DE BROE 2008: párr. 206 y ss.) no debía concederse porque en el caso concreto se vulneraba el propósito del Tratado que era prevenir el abuso. Esto a pesar de que la misma no contenía cláusulas de sujeción efectiva, de actividad económica, ni otra restricción similar; y, por el contrario, el resultado podría generar doble imposición no resuelta. DE BROE 2008: párr. 206 y ss. Por su parte, *Unabhängiger Finanzsenat* (Senado Tributario con competencias judiciales) austriaco determinó que la exención contenida en el artículo 23.3 del CDI entre dicho país y Malta de 1978, a los dividendos de fuente máltense no debía ser concedida puesto que una norma interna anti-abuso permitía denegar la exención cuando haya sospechas de abuso, como por ejemplo cuando la entidad distribuidora tenga como principal función obtener intereses, como de era precisamente el caso bajo estudio. Según el derecho máltense los beneficios de la entidad y los dividendos estaban exentos. Para justificar la compatibilidad con el CDI, el juzgador en este caso entiende que: a) el objeto y finalidad de los CDI es evitar la doble imposición y no la doble no imposición; b) acoge los párr. 22 y ss. al art. 1 MCOCDE sobre el *factual approach*, y; c) culpa a Malta de vulnerar la buena fe al crear, sin consultar a Austria, un régimen *offshore* que frustra las expectativas de Austria respecto del CDI. Para VOGEL (2006b: p. 474) Malta simplemente ejerció su soberanía sin vulnerar el Tratado. DE BROE señala que el asunto simplemente se habría podido corregir interpretando la definición de residencia convencional que seguramente excluiría de la aplicación del artículo 10 a los dividendos pagados por la entidad máltense.

concepto y la norma anti-elusión recalifique el rendimiento en dividendos. Así, aquellos casos en que el problema es de captación de la definición de dividendos desde la perspectiva del Estado de la fuente la remisión no aplica, y por tanto serán asuntos comprendidos en la hipótesis a), pues el resultado es la recalificación en otra renta. Mientras que en la hipótesis a) estaremos precisamente en un problema de determinar si hay abuso convencional; en la segunda, la b), se trata de un asunto relativo al alcance de la remisión. Se ha sostenido arriba que el primer caso difícilmente se dará, pues la finalidad de reparto de la potestad tributaria que tiene el artículo 10 no puede alejarse de la definición convencional, de manera que las recalificaciones hechas por el Estado de la fuente o de la residencia por elusión o captación del concepto de dividendo han de ser compatibles con el artículo 10.3 MCOCDE. Así, de forma general puede afirmarse que la definición de dividendos prevista en los CDI debe ser respetada por todas las recalificaciones de rentas que procedan de conformidad con el derecho interno del Estado de la fuente o de la residencia, so pena de quebrantar el principio de *pacta sunt servanda*. Incluso, la remisión hace parte de esa definición que ha de cumplirse. En esa línea, MATTEOTTI ha señalado que el CAF “permite a los Estados miembros de la OCDE desconocer el principio fundamental de *pacta sunt servanda* sin establecer unas condiciones estrictas.”<sup>639</sup> De ahí que sea necesario apartarse de los CMOCDE incorporados en el 2003 en relación con el *guiding principle* y el *factual approach*.

Ahora bien, debe admitirse que existen salvaguardas de las normas especiales o generales anti-elusión contenidas en los CDI que crean un estándar de abuso consensuado por los estados contratantes, de manera que cuando aparezcan en un Convenio será posible construir un parámetro cierto del objeto y finalidad de la norma defraudada. En esa línea, VAN WEEGUEL en el Informe del Congreso de IFA del año 2010 concluyó que aunque muy pocos tratados salvaguardan la aplicación de las normas generales anti-elusión internas, un buen número si lo hacen respecto de las reglas especiales. Así mismo, destaca que la práctica reciente de Alemania e Israel ha sido precisamente incorporar cláusulas de salvaguarda. Mientras en esos países se ha entendido como una aclaración de la doctrina aplicable a todos los CDI, en otros como Canadá, dicha inclusión ha afectado los casos

---

<sup>639</sup> MATTEOTTI 2005: p. 350.

judiciales donde se evaluaba un Tratado que no la contenía<sup>640</sup>. Los CDI españoles con frecuencia permiten expresamente la aplicación sin limitaciones convencionales de las normas transparencia fiscal internacional<sup>641</sup> y de subcapitalización<sup>642</sup> aunque algunas sólo las salvaguardan de ciertos artículos del Tratado. Una práctica reciente de los negociadores españoles es aceptar genéricamente la compatibilidad entre el Convenio y las normas anti-abuso internas<sup>643</sup>, algunos aclarando que para España es el art. 15 LGT o disposiciones de naturaleza similar vigentes o que se adopten en el futuro<sup>644</sup>, o, de forma menos clara, se refieren a las normas para la prevención de la “evasión fiscal”<sup>645</sup> o “evasión y elusión

---

<sup>640</sup> VAN WEEGUEL 2010: p. 43 y ss.; DE BROE, L. et. al. (2011): p. 376

<sup>641</sup> España-Argentina 2013; España-Alemania 2008 (con referencia específica a los preceptos de la legislación interna de ambos Estados); España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Indonesia 2000; España-Jamaica 2009; España-Luxemburgo 1987; España-Moldavia 2009; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Singapur 2012; Colombia-México 2013 (en trámite de ratificación). El CDI España-Australia 1992 contiene una regla particular en el art. 10.4 del siguiente tenor: “4. En el caso de España, el apartado 2 de este artículo no será aplicable a las rentas que, con arreglo a las disposiciones de la legislación fiscal española, relativa a las sociedades en régimen de transparencia fiscal, sean imputables a los accionistas de dichas sociedades, se distribuyan o no a los mismos. Dichas rentas pueden someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna en tanto no estén sometidas al Impuesto sobre Sociedades español; El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del art. 10 no será aplicable, pero agrega que “no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas.” Así mismo los CDI de España con Bulgaria, China de 1992, Filipinas de 1992, India de 1995 indican que en “el caso de España, el apartado 2 del artículo 10 (equivalente al MCOCDE) no se aplicará a la renta imputable, distribuida o no, a los accionistas de las Sociedades y Entidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto dicha renta no esté sometida al Impuesto sobre Sociedades español. Dicha renta puede someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna.” El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del art. 10 no será aplicable, pero agrega que “no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas.” España-Trinidad y Tobago 2009.

<sup>642</sup> España-Argentina 2013; España-México 1994; España-República Dominicana 2013; Colombia-México 2013 (en trámite de ratificación). Con referencia específica a los preceptos de la legislación interna de ambos Estados o “las normas que los modifiquen o sustituyan: España-Alemania 2008 y España-Francia 1997, en este último caso siempre que sean conformes con los principios del apartado 1 del artículo 9; Algunos CDI solo aclaran que el equivalente al art. 24 MCOCDE no impide las normas de derecho interno concernientes a la subcapitalización, es el caso de: España-Bélgica 2003, España-Cuba 2001, España-Eslovenia 2002, España-Grecia 2002, España-Islandia 2002, España-Israel 2006; España-Noruega 2001, España-Portugal 1995, España-Rusia 2001, España-Sudáfrica 2008.

<sup>643</sup> España-Albania 2011; España-Armenia 2012; España-Georgia 2011. España-Barbados 2011 que se refiere a las normas internas “para la prevención de la evasión y elusión fiscales y los abusos de la norma.” En igual sentido España-Jamaica 2009; España-Kazajistán 2011; España-Kuwait 2008. España-Moldavia 2009; España-Pakistán 2011; España-Senegal 2007; España-Singapur 2012; España-Uruguay 2011. Los anteriores CDI aclaran que el CDI es una norma susceptible de ser abusada; España-Alemania 2012; España-Costa Rica 2011; España-Moldavia 2009; España-Trinidad y Tobago 2009, con la particularidad de que se refiere además a “el uso incorrecto de la norma” y se ejemplifican.

<sup>644</sup> España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Nigeria 2009; España-Serbia 2010;

<sup>645</sup> España-Argentina 2013.

fiscales”<sup>646</sup>. La referencia a las normas para prevención de la evasión fiscal difícilmente podría comprender a las anti-abuso, pues se trata de dos fenómenos plenamente diferenciados por la doctrina<sup>647</sup>. En algunos CDI pareciera darse a entenderse que la doble imposición generada por la aplicación de estas normas no es de obligatoria atenuación, de ahí que se deje al procedimiento amistoso legislativo o interpretativo previsto en el artículo equivalente al 24.3 MCOCDE<sup>648</sup>.

Finalmente, en los casos en que las legislaciones internas permitan el incumplimiento del CDI (*treaty override*) claramente prevalecerá la recalificación hecha por el derecho interno, aunque a nivel internacional podrá haber consecuencias<sup>649</sup>. Además cuando se pruebe la existencia de un estándar convencional de abuso aceptado por el CDI y que la recalificación ordenada por la norma anti-abuso interna cumple con el mismo, no que no siempre resulta sencillo<sup>650</sup>.

---

<sup>646</sup> España-Alemania 2008; España-Chipre 2013; España-Panamá 2011; España-República Dominicana 2013; Colombia-México 2013 (en trámite de ratificación);

<sup>647</sup> GUFF 2010: p. 477 y sis; El glosario de la OCDE los define así: “**AVOIDANCE** -- A term that is difficult to define but which is generally used to describe the arrangement of a taxpayer's affairs that is intended to reduce his tax liability and that although the arrangement could be strictly legal it is usually in contradiction with the intent of the law it purports to follow. Cf. evasion.” “**EVASION** -- A term that is difficult to define but which is generally used to mean illegal arrangements where liability to tax is hidden or ignored, i.e. the taxpayer pays less tax than he is legally obligated to pay by hiding income or information from the tax authorities.” vid. <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> [consultada el 20 de abril de 2014]

<sup>648</sup> España-Alemania 2012.

<sup>649</sup> Dicho incumplimiento puede darse cuando constitucionalmente se permita, como en Estados Unidos o Alemania. Si los criterios para solucionar antinomias entre el derecho interno y el CDI son del tipo *lex posterior* o *lex specialis* a los que ya nos hemos referido, podría haber una aplicación preferente de la norma interna, pero si se trata de una doctrina jurisprudencial anti-elusión esa preferencia no sería del todo clara cuando el criterio es la posterioridad. VAN WEEGHEL 2010: p. 28-34.

<sup>650</sup> Dicho estándar será fácilmente comprobado con la existencia de disposiciones expresas en el CDI que salvaguarden la aplicación de las normas generales y especiales anti-elusión, como las mencionadas. En principio, en estas circunstancias, las recalificaciones hechas con base en la ley interna serían compatibles con las obligaciones y conceptos de los CDI respecto de los cuales se haya hecho la salvaguarda. En algunas ocasiones se ha argumentado que el estándar convencional de abuso existe cuando los dos estados tienen normas anti-abuso similares, aunque no es un tema pacífico.

### **CAPÍTULO III: LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI**

En el fondo de cada una de las tres partes de la definición del art. 10.3 del Modelo se encuentran los tres *elementos del concepto de dividendo*, es decir, de los presupuestos de la ficción según la cual las rentas que obtienen los accionistas, socios o partícipes<sup>651</sup> tienen como fuente su participación en la entidad y no las actividades económicas que ésta desarrolla. Esos elementos, aparecen no sólo respecto de cada parte de la definición de dividendos prevista en los CDI, sino también en las definiciones que hacen los ordenamientos internos, aunque su concreción varíe sustancialmente. En últimas, para que la ficción se complete, tres elementos debe concurrir: a) la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a la que se le atribuyen los beneficios; b) la participación social en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios; y, c) la relación entre el rendimiento pagado por la sociedad y las participaciones sociales en la entidad. Estos elementos están muy ligados, puesto que el primero permitirá distinguir los beneficios que se atribuyen al socio y a la sociedad, mientras que el segundo permitirá construir la fuente ficta de la renta, a la que el tercer elemento adiciona un vínculo o relación causal. Así, el primer elemento está muy ligado a las interacciones que se establezcan entre el impuesto de renta sobre personas físicas y el impuesto de renta sobre personas jurídicas, tendientes a eliminar o atenuar la doble imposición económica. El segundo elemento se relaciona con las líneas divisorias entre la financiación propia y ajena: los fondos propios y el endeudamiento; y el tercer elemento depende de la concepción del impuesto sobre las rentas pasivas y su relación con los tributos sobre las ganancias patrimoniales.

Teniendo en cuenta que existen distintas definiciones de dividendos, como las del derecho interno mercantil y tributario, este capítulo pretende delimitar los requisitos que cada elemento de la definición convencional exige, verificando la posible influencia de las legislaciones internas. En este último caso, sería necesario determinar cual significado para cada uno de los elementos, de todos los existentes en las ramas del Derecho de los estados contratantes, debe ser útil para completar la definición del Convenio. Parece evidente que

---

<sup>651</sup> Aunque estos términos tengan un significado muy preciso en el derecho privado, en este trabajo los utilizaremos como sinónimos para evitar repeticiones que hagan engorrosa la lectura, salvo expresa mención.

los Estados han adoptado diferentes perspectivas para resolver estas cuestiones de calificación convencional, en ocasiones, dando prevalencia al Derecho privado, y en otras, haciendo primar las concepciones jurídico-tributarias. Pero: ¿Tiene el Convenio realmente una definición autónoma de dividendos?, si es así, ¿Qué limitaciones impone al derecho interno del Estado de la fuente y de la residencia? Las distintas respuestas que pueden encontrarse a estas cuestiones se abordan a continuación.

## 1. ENTIDAD DISTRIBUIDORA DE DIVIDENDOS

Los dividendos son las distribuciones de beneficios a quienes tienen inversiones en los fondos propios o, en la terminología de los CDI, en las *participaciones sociales* en una entidad diferenciada de sus miembros, a la que el Modelo llama “sociedad”. Es decir, para hablar de dividendos es necesario que una entidad tenga beneficios y pueda distribuirlos, pues solo así se creará la ficción de que la renta de la actividad económica desarrollada se atribuye a la sociedad y que los socios reciben rendimientos cuya fuente es la participación social. La cuestión que ocupará este apartado radica entonces en definir cuáles son las características para que una entidad resulte diferenciada de sus miembros, aspectos que pueden venir definidos por el Derecho privado, por el Derecho tributario y por los CDI.

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La independencia entre la entidad y sus miembros viene originalmente dada por el Derecho privado que reconoce a los sujetos de derecho<sup>652</sup>, especialmente, a través del criterio de la personalidad jurídica. Sin embargo, no existe a nivel internacional un entendimiento común de las características de las personas legales, ni en la teoría<sup>653</sup>, ni en la práctica<sup>654</sup>, al tiempo que muchos contratos emulan las características de las sociedades mercantiles, o tienen

---

<sup>652</sup> Sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica y su evolución histórica desde la mera concesión estatal de la capacidad legal. vid. MAITLAND en la Introducción a GIERKE 2010: p. 33-35; MAHONEY 2000: p. 873-893; BARENFELD 2005: p. 56-60.

<sup>653</sup> Como es bien sabido existen las teorías explicativas de la personalidad jurídica como las de la ficción de la entidad como amalgama de individuos, de las personas jurídicas como entidades u organismos reales (GIERKE 2010: p. 204-210; COUZIN 2002: p. 11.), como institución socioeconómica (BERLE & MEANS 1991) y como un nexo de contratos o nexo para contratar (KRAAKMAN 2009: p. 6 y ss.). (ver el estudio preliminar a GIERKE 2010 por PÉNDAS, p. XXXIII y ss. y la Introducción por MAITLAND, p. 16-45).

<sup>654</sup> Las características que tienen las sociedades no siempre son comunes, pues por ejemplo, la existencia de responsabilidad limitada de los miembros es una característica contemporánea de algunos tipos de personas jurídicas BARENFELD 2005: p. 56-60; MAHONEY 2000: p. 873-893. Tampoco la existencia de un patrimonio diferenciado parece ayudar como se ha dicho, pues si bien la teoría de las sociedades como un nexo de contratos llevaría a reconocer que las personas jurídicas encuentran una diferenciación patrimonial, a efectos legales, entre la entidad y sus propietarios o miembros, el grado de reconocimiento de dicha diferenciación patrimonial puede variar, en especial, en los sistemas del *common law* donde los socios de una *partnership* pueden ser demandados directamente por las deudas de la sociedad. MAHONEY 2000: p. 873-893. Además, puede haber contratos que sin crear una entidad, generen efectos patrimoniales muy similares a los que tiene el patrimonio que se crea al constituir una persona jurídica. Tampoco sería útil en algunos casos utilizar el criterio de que la propiedad de los negocios y de los activos se lleve a nombre de la persona jurídica, afectando su patrimonio, pues como veremos hay excepciones. Lo propio podría decirse de los demás atributos de la persona, pues no siempre van ligados a la personalidad jurídica. AVERY JONES et al 2002: p. 299. AVERY JONES et al 2009: p. 9 y 10.

algún grado de grado de *affectio societatis*, pero sin dar lugar a una persona jurídica<sup>655</sup>. De hecho, es perfectamente admisible que existan contratos que generen una parcela patrimonial en una de las partes, y que la misma sea semejante al patrimonio que se crea con una sociedad. Piénsese en los regímenes de la empresa unipersonal (*sole proprietorship*), la fiducia o fideicomiso, el *trust*<sup>656</sup> o la agencia<sup>657</sup>. Incluso, a nivel internacional son comunes los fondos de inversión y las instituciones de inversión colectiva cuyo capital se compone de los aportes a planes de pensiones o recursos de distintos inversores y que, según la legislación de que se trate, tendrán o no personalidad jurídica, pero en todo caso gozarán de algún grado de independencia frente a sus inversores y administradores<sup>658</sup>. Esas diferencias de entendimiento de las formas de realizar actividades económicas se ejemplifican con las *partnerships*<sup>659</sup>, puesto que mientras para el *civil law* el término podría significar una sociedad personalista con personalidad jurídica, para el *common law* recuerda un tipo de sociedad que no siempre tiene personalidad jurídica pero si cierta capacidad<sup>660</sup>. Aunque existan similitudes entre ambos sistemas legales en torno a los efectos patrimoniales y la responsabilidad de los miembros<sup>661</sup>, la propiedad del negocio y de los activos en una *partnership* del derecho común es de todos los partícipes, a diferencia del las sociedades personalistas del derecho civil donde, comúnmente, son de la

---

<sup>655</sup> Los contratos de colaboración empresarial pueden tener un interés de asociarse muy cercano al *animus societatis* pero, en todo caso, lo usual será que no se cree una persona jurídica, aunque a veces dichos contratos tengan reconocidos algunos de los atributos de la personalidad. AVERY JONES et al 2002: p. 290-293. Por ejemplo, las Uniones Temporales y los Consorcios tienen un reconocimiento a efectos de la contratación pública colombiana en la medida en que pueden contratar con el Estado. Una aproximación a los contratos de colaboración empresarial en la doctrina española GUARDIOLA 2004; en la doctrina colombiana ARRUBLA 2008.

<sup>656</sup> vid. *Black's Law Dictionary* (GARNER& BLACK 2004).

<sup>657</sup> El contrato de agencia, entendido de forma amplia para comprender tanto figuras del *common law* como el de *civil law*, permite que el “agente” realice actividades económicas frente a “terceros” con la participación oculta o manifiesta del “principal” en las utilidades y, eventualmente, en las pérdidas. Los negocios se realizan por nombre y a cuenta del agente, aunque las legislaciones suelen prever ciertas acciones contra el oculto. Por ejemplo, los casos en que se crea un peculio mercantil que se distingue de los bienes personales e inembargables. En algunos casos, el desarrollo de contratos de colaboración empresarial da lugar a que el patrimonio de quien lleva los negocios en su nombre se divida a ciertos efectos, para así crear una parcela patrimonial que sirva de garantía a los acreedores. BARENFELD 2005: p. 5.

<sup>658</sup> ED & BONGAARTS 1997: p. 23 y ss.

<sup>659</sup> Definiciones del término en: LE GALL 1995: p. 657; BARENFELD 2005: p. 60-62. Hemos preferido hacer referencia a la palabra anglosajona y no arriesgarnos con una traducción que podría no significar lo mismo y haría perder el sentido a lo que se pretende exponer. Así se hace en la traducción del MCOCDE del IEF y lo refleja también LE GALL 1995 al analizar los informes nacionales, p. 657.

<sup>660</sup> LE GALL 1995: p. 657.

<sup>661</sup> AVERY JONES et al 2002: p. 292-296, 300.



entidad en sí misma<sup>662</sup>. En otras palabras, en principio en las *partnerships* anglosajonas la actividad es desarrollada por los socios en común, mientras que en las del derecho civil la actividad se lleva a nombre de la entidad<sup>663</sup>.

Como se observa, existen diferencias en el Derecho privado acerca del reconocimiento de los sujetos de derecho, por lo cual, vale la pena detenerse por un momento para reflexionar sobre si la independencia que interesa al Derecho fiscal es la existencia de una persona jurídica (cualquiera que sea su significado), de la responsabilidad limitada de los miembros, de la capacidad legal de la entidad, de la existencia de un patrimonio o de un nombre independiente. En la práctica, el contribuyente del impuesto sobre la renta de sociedades es el resultado de analizar cuáles de las formas de realizar actividades económicas merecen un tratamiento fiscal independiente del de sus miembros, para lo cual seguramente partirá de las personas jurídicas según el Derecho privado<sup>664</sup>, se excluirán aquellas que tengan pequeña dimensión y se reconocerán a otros tipos de entidades propias de su tradición que, a pesar de no tener personalidad jurídica, deban ser tratadas de forma independiente<sup>665</sup>. Sobre esa base, se crean los criterios autónomos fiscales de determinación de los contribuyentes, que también carecen de armonización a nivel internacional y que por ende pueden plantear conflictos clasificación de entidades cuando existen operaciones transnacionales, dando así lugar al fenómeno de las entidades híbridas<sup>666</sup>. Ello puesto que la

---

<sup>662</sup> En el caso de Italia, Alemania y Suiza donde algunas de las sociedades personalistas no son personas jurídicas, se ha entendido que a pesar de ello tienen capacidad para ser propietarios de activos en nombre de la sociedad. En el caso de la sociedad personalista formal neerlandesa (VOF) se entiende que no es persona jurídica y que no puede ser propietaria de los bienes. De esta forma, los partícipes son los propietarios pero se permite registrar la propiedad a nombre de la sociedad. “En la práctica, en el *common law*, aunque el nombre de la *partnership* es comúnmente usado, por ejemplo, para cuentas bancarias, esto es por conveniencia y tiene el mismo efecto que crearla a nombre de los partícipes. No es posible registrar otra propiedad personal, como las acciones o los inmuebles a nombre de la sociedad. El registro de inmuebles o de la propiedad personal se hace a nombre de los partícipes (o administradores de estos)”.

<sup>663</sup> vid. AVERY JONES et al 2002: p. 302.

<sup>664</sup> Ello se hace usualmente adoptando un listado que remite los tipos societarios o contractuales del derecho privado, salvo Estados Unidos que gracias a que las competencias en relación con el IS son federales y las societarias son estatales, ha debido construir un elemento subjetivo sin remisiones al derecho privado. Para mayor abundamiento vid. LANG & STARINGER 2014: p. 24-28. Así como los informes nacionales del mismo Congreso de IFA de 2014. El Informe General distingue entre la remisión genérica a través de conceptos amplios como “any body corporate” o “personas jurídicas” o a través de listados de tipos específicos que a su vez pueden ser *numerus clausus* o *numerus apertus*.

<sup>665</sup> COOPER & GORDON 1998: p. 1 y ss.; TURONYI 2003: p. 277; LANG & STARINGER 2014: p. 19 y 27.

<sup>666</sup> Ejemplos en: RUSSO (Ed.) 2007: p. 136 y ss.

legislación del impuesto sobre la renta bien podría ver a la asociación que realiza las actividades económicas:

- 1) entendiendo que el hecho imponible es desarrollado de forma conjunta por los distintos asociados, caso en el cual no hay impuesto sobre la entidad; o,
- 2) considerando que el hecho imponible es desarrollado por uno o algunos de los asociados, de manera que los demás al recibir rentas por su participación realicen otro hecho imponible que tiene una fuente distinta a la propia actividad<sup>667</sup>; o,
- 3) concluyendo que el hecho imponible se atribuye a una entidad jurídica, dotada o no de personalidad, pero que actúa de manera diferenciada en el tráfico jurídico.

Mientras que sólo en el caso 3) debería ser posible hablar de dividendos (en un sentido fiscal) cuando la entidad diferenciada distribuya los beneficios, en el 1) debería existir una sola realidad cual es la obtención de beneficios, que al estar directamente atribuido a cada uno de los socios no se pueden distribuir. Por ello, en la hipótesis 1) si bien podría hablarse de dividendos a nivel mercantil, a efectos tributarios internos y de los CDI no sería correcto desde un punto de vista de política fiscal<sup>668</sup>. Ahora bien, el caso 2) puede resultar dudoso en ciertas legislaciones, pues a pesar de no crearse una entidad diferenciada, al final si existe una distribución de beneficios. Mientras las rentas sean internas el análisis de la clasificación de la entidad tendría los mismos parámetros tanto para el pagador de la renta como de la distribuidora, y la legislación tributaria muy posiblemente asignará un tratamiento tributario simétrico, bien sea la transparencia (caso 1), opacidad del vehículo (caso 3) o la atribución a uno o algunos de los asociados (caso 2). De esta forma, la carga tributaria decidida desde la política fiscal se aplicará bien en los partícipes de forma total cuando haya transparencia, o tanto en la entidad como en los socios cuando haya opacidad o atribución a un número limitado de miembros. Por el contrario, cuando se trata de rentas internacionales porque la entidad o el socio sea un no residente, la carga fiscal decidida desde la política fiscal por cada uno de los Estados intervinientes puede resultar

---

<sup>667</sup> HONJO 2007: p. 358. Por ejemplo, se observa que en algunos casos la transparencia resulta aplicable a uno sólo de los socios, de manera que la renta se entiende obtenida por los socios gestores, por lo general, quien puede deducirse la renta pagada a los demás socios. Ello ha generado dudas en Japón en torno a la calificación de estos últimos pagos, tanto a nivel interno como de los CDI. Estos supuestos se antojan muy similares, en opinión del autor de esta tesis, a aquellos en los cuales una agencia no es completamente transparente. Mientras que el caso de un agente transparente las rentas mantienen su fuente original, cuando el agente resulta gravado por las actividades económicas que realiza por cuenta del agente, la fuente de la renta para el agenciado, por lo general, será distinta.

<sup>668</sup> vid. párr. 1 y 2 al art. 10 MCOCDE

perfectamente inaplicable, pues las jurisdicciones pueden calificar a la entidad de forma divergente<sup>669</sup>.

Así, puede ocurrir que una entidad se someta asimétricamente a un régimen tributario de transparencia, de transparencia intermedia o de opacidad<sup>670</sup> en cada uno de los estados con los que se conecta<sup>671</sup>. Esto dará lugar a un conflicto de calificación de la entidad que a su vez genere un conflicto en la calificación de la renta causante de doble imposición o doble no imposición<sup>672</sup>. Por ello, a efectos de definir los dividendos en materia tributaria es fundamental analizar la entidad que reparte las utilidades, pues como afirma HELMINEN,

---

<sup>669</sup> Cfr. BARENFELD 2005: p. 103

<sup>670</sup> Sobre estos conceptos: VAN RAAD 1988a: p. 166; LE GALL 1995: p. 470; OECD 1999: Annex. III; BARENFELD 2005, p. 72. **1. Transparencia total:** también llamada *aggregate approach*, se da en aquellos sistemas en los cuales, a efectos fiscales sólo se reconoce la existencia de los socios, de manera que la naturaleza, la fuente y la cuantificación de la renta es definida respecto de cada partícipe o socio. En palabras del *Informe de Partnerships* de 1999, ello ocurre cuando no se “impone el gravamen sobre la *partnership* en sí misma pero se grava a cada partícipe sobre su participación en la renta de la *partnership*...”**2. Transparencia intermedia:** dentro de esta se distingue la limitada al pago del tributo o *entity approach* (BARENFELD 2005: p. 74) que se caracteriza porque la entidad es considerada sujeto pasivo de los tributos y por tanto, opaca. La entidad obtiene los ingresos, paga los costos y gastos, es propietaria de los activos y es responsable de las deudas. En muchos casos cuantifican y declaran sus rentas o pérdidas, pero son los socios quienes pagan los tributos a nombre de la sociedad de acuerdo con su participación. Dado que el impuesto considera las condiciones subjetivas de la entidad, el régimen fiscal que resulta aplicable es el de la *partnership* y no el de los partícipes. Otro tipo de transparencia intermedia sería el caso en que la entidad depura la renta con los ingresos y los gastos, y se entiende transferida así a los socios o partícipes. La actuación de la entidad es considerada una mera intermediación de los socios, pues la primera debe cumplir con ciertas obligaciones formales o incluso sustanciales, pero considerando las condiciones subjetivas de los socios para determinar el régimen tributario. En estos casos se puede admitir que el régimen es de transparencia, a pesar de alguna intermediación de la entidad. Fue el caso del sistema de transparencia recomendado por el Informe Carter y vigente en España hasta la Ley 46/2002 que gravaba a la entidad en régimen de transparencia con el IS, pero el impuesto así pagado se consideraba que era a cuenta del tributo personal del socio, ya que la base imponible de la entidad se atribuía al socio independientemente de que la distribución se hubiese hecho según el derecho mercantil. De tal forma, las posteriores distribuciones de beneficios no eran consideradas rendimientos del capital mobiliario. (vid. GONZÁLEZ-CUELLAR 2003: p. 55-61. La atribución fiscal y contable de los beneficios no tenía efectos en el derecho privado, por lo tanto la distribución mercantil solo se debe dar cuando se cumplan los requisitos previstos por las normas mercantiles, en concreto la decisión del máximo órgano de la sociedad. vid. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 788/1996 (Sala de lo Civil) de 10 de octubre, recurso de casación núm. 3395/1992. RJ 1996/7063. En la misma línea: Sentencia del Tribunal Supremo núm. 215/1997 (Sala de lo Civil), de 19 de marzo, Recurso núm. 548/1993, RJ 1997/1721.) **3. Regímenes híbridos:** han existido en Francia, República Checa y Eslovaquia, donde el socio gestor obtiene de forma transparente el porcentaje de renta que pertenece a la entidad, mientras que la parte de los beneficios correspondiente a los socios comanditarios o de responsabilidad limitada se grava en cabeza de la *partnership*.(OECD 1999: p. 90, 92, 82, 83, 114, 115. BARENFELD 2005: p. 77; LANG & STARINGER 2014: p. 30.) En la doctrina española: Arts. 86-90 LIRPF; VEGA 2004: p. 5; CRUZ & LÓPEZ 2009: p. 939-951.

<sup>671</sup> Sobre la importancia de esa clasificación para los Estados de la fuente, constitución y residencia de los partícipes. vid. VAN RAAD 1988a: p. 26 y ss.

<sup>672</sup> OECD 1999: párr. 15-22.

la clasificación de la entidad es previa a la calificación de la renta<sup>673</sup>. Los dividendos deberían ser las distribuciones de beneficios sujetos a imposición en una entidad diferenciada. No obstante, la distinción entre transparencia u opacidad a partir del criterio de la existencia de dos hechos impositivos (uno en la entidad y otro en los socios) no resulta comúnmente usado por la legislación. Es más, las normas internas no suelen utilizar los vocablos de entidades transparentes u opacas para definir a las entidades, prefiriendo utilizar listados, criterios de comparabilidad o simplemente referencias genéricas como “entidades”, “sociedades”, “personas jurídicas” que, como hemos visto, no tienen un significado unívoco a nivel comparado<sup>674</sup>. En últimas ello supone entonces que el problema se traslade a otro tópico: los criterios para clasificar a las entidades no residentes. Es así como se han desarrollado los métodos de la clasificación fija de todas las entidades extranjeras como transparentes u opacas, el método de la libre elección (p. ej. *check the box*), los métodos de comparabilidad con criterios del Derecho privado y los del régimen tributario aplicable en el otro Estado<sup>675</sup>. Aunque éste último sería apropiado para poder determinar con mayor exactitud la existencia de un beneficio gravado en la entidad distribuidora y por esa vía evitar asimetría, no es el mayormente utilizado por los estados<sup>676</sup>.

Pero es que incluso, si el concepto de dividendos es la distribución de los beneficios previamente sujetos a imposición en cabeza de la entidad, el problema no es solo la calificación de ésta última, sino también la atribución que se haga de la renta subyacente. De tal forma, los conflictos de calificación de entidades llevan al final a conflictos de

---

<sup>673</sup> HELMINEN, p. 71.

<sup>674</sup> LANG & STARINGER 2014: p. 28 y 34.39.

<sup>675</sup> vid. VAN RAAD 1988a: p. 29-30, VEGA 2004: p. 11-17; AVERY JONES et al 2002: p. 305 y ss.; LE GALL 1995: p. 702. En relación con los problemas que la delimitación de los sujetos plantea en la Directiva Matriz-Filial vid.

<sup>676</sup> En defensa de éste criterio: VEGA 2004: p. 16-17; BARENFELD lo llama *tax-oriented similarity approach*. En su tesis doctoral, sale al paso de las críticas que se han hecho por ser supuestamente contrario al art. 24 MCOCDE, por no garantizar la neutralidad desde un punto de vista de derecho general o no permitir la debida recaudación del tributo por no basarse en los criterios de derecho general sobre la capacidad para ser demandado en juicio. Estas críticas en: AVERY JONES et al 2002: p. 314 y ss. Sugiere BARENFELD que nada de ello obsta para que el método sea incorporado en el derecho interno o en los CDI. BARENFELD 2005: p. 331-376. Recientemente se ha señalado la utilidad de éste método, pero el problema de su uso en conjunto con otros factores no tributarios. LANG & STARINGER 2014: p. 38

atribución, fenómeno éste más amplio<sup>677</sup>, que se plantea cuando la renta derivada de la actividad económica desarrollada por la entidad se atribuye de forma divergente a la propia entidad y a los socios por parte de los estados con los cuales existe alguna conexión. De hecho, el Informe General del Congreso de IFA de 2007 revela con claridad que los países adoptan diversos criterios para atribuir la renta a un sujeto y que, producto de ello, se pueden generar situaciones de doble imposición o doble exención. A efectos de lo que nos interesa, deben destacarse las siguientes causas:

1) Los criterios generales de atribución son divergentes, pues algunos parten de una concepción formal de titularidad de la fuente de la renta o del derecho a obtener la renta, mientras que otros atienden a concepciones sustanciales de variado carácter<sup>678</sup>. En algunos países como Dinamarca, Estados Unidos, Alemania y Austria, se ha logrado atribuir rentas de la entidad a los partícipes, a pesar del reconocimiento de un sujeto independiente<sup>679</sup>;

2) Existen reglas específicas de atribución como las que deshacen la ficción de la existencia, a efectos fiscales, de una entidad diferenciada de sus socios, tal como ocurre con las normas de transparencia fiscal internacional que se han extendido en muchas jurisdicciones<sup>680</sup>, o a través de otro tipos de normas anti-abuso<sup>681</sup>.

---

<sup>677</sup> DANON 2004: p. 210 y ss.; DANON 2004b: p. 259 y ss.; WHEELER 2005: p. 478 y ss.; WHEELER 2007: p. 17 y ss.; WHEELER 2012;

<sup>678</sup> Se ha indicado que los países acogen criterios de atribución legal y económica, lo cual sorprende puesto que al tratarse de aspectos sometidos a reserva de Ley en la mayoría de los estados, todos deberían ser legales. Aparte de este comentario, es cierto es que existen, de un lado, criterios formales como el de analizar quien: a) tiene derecho a obtener la renta (Canadá); b) tiene el derecho a disponer del activo o de la fuente de la renta (Alemania), c) fácticamente recibe la renta; mientras que de otro, criterios de contenido más sustancial, como a quien: a) cumpla con la capacidad contributiva (Argentina); b) sea el beneficiario real; o, c) sustancialmente le sea atribuible. WHEELER 2007: p. 20 y 27

<sup>679</sup> WHEELER 2007: p. 20 y 27.

<sup>680</sup> WHEELER 2007: p. 29.

<sup>681</sup> PEREIRA 1989: p. 95 y ss. Existen normas o doctrinas anti-abuso que pueden desconocer la atribución que formalmente le asista a una sociedad vehículo, a una entidad extranjera controlada o a entidades que presten servicios (profesionales, artísticos), sin importar si dicha entidad extranjera es tratada como opaca por la legislación tributaria del otro Estado. PEREIRA se refiere a figuras desarrolladas por la jurisprudencia o a través de leyes, como la simulación (*sham transactions*), la nulidad fiscal, la sustancia sobre la forma, las transacciones en fases (*step transactions*), los motivos económicos (*business purpose*), el principio de independencia (*arm's Length*). Sobre el desarrollo del "levantamiento del velo corporativo" y el "no reconocimiento" en el *common law* y su adaptación en *civil law*. Sin embargo, en algunos Estados el entendimiento del principio de legalidad es estricto y no lo permitiría. DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 20. El antecedente más famoso al respecto es el caso británico *Salomon vs. Salomon & co*. En relación con los problemas de aplicar las normas y doctrinas de simulación a la interposición de personas, y las diferencias entre la doctrina del levantamiento del velo corporativo y la simulación ver ZORNOZA 2010: p. 571. Un ejemplo de las incoherencias que pueden aparecer en la aplicación de normas *anti-elusión* para desconocer entidades se aprecia en la sentencia: Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Parke Davis y Cía. S.A.*, C.S.J.N., 31/7/73. Disponible en: [http://www.consejo.org.ar/Bib\\_elect/mayo05\\_CT/documentos/J999.htm](http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/mayo05_CT/documentos/J999.htm) [consultada el 20/02/2014] Allí se

Todo lo dicho en este apartado permite concluir que los conflictos de atribución por cualquiera de las causas mencionadas pueden llegar a suponer que ahí donde un Estado considera que hay dividendos o beneficios retenidos, pues la renta se ha atribuido a la entidad, otro Estado puede considerar que la fuente de la renta es la original –i.e. los beneficios- y que se atribuye directamente a los partícipes. En tales casos se causará un conflicto de calificación de la renta.

Bien, a efectos de los CDI existe una caracterización especial de la entidad distribuidora de dividendos que se aleja del derecho mercantil, no sólo porque los términos “distribuciones de beneficios” entendidos según esa rama del Derecho no cumplen ningún rol relevante<sup>682</sup>, sino porque los tratados solo califican a quien puede ser pagador (i.e. la sociedad, según el art. 10.1 MCOCDE) y define dividendos como rendimientos de las acciones, otras participaciones sociales o de otros derechos, que sin ser de crédito, participen en beneficios (art. 10.3 MCOCDE). Dicho esto, ha de recordarse que en los tratados los sujetos son abordados a través de círculos concéntricos, el más amplio comprende a todas las “personas” y presta interés principalmente para el procedimiento amistoso, la cláusula de agencia y en lo que aquí interesa, para determinar el ámbito subjetivo del Tratado que se explica gráficamente por un segundo círculo restringido a las “personas residentes” de al menos un Estado contratante<sup>683</sup>. Luego, en un tercer círculo de menor diámetro aparecen las “sociedades”, término utilizado para delimitar el presupuesto de hecho del art. 10.1 del MCOCDE y que además cobra especial importancia para

---

analiza un supuesto de pagos de regalías a la matriz no residente por parte de una entidad argentina participada al 99.3%. Afirma el juzgador que no hay un contrato de licencia, sino un “acto complejo” en el que “no puede pensarse en la libertad de elección que informa el principio de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la falta de independencia real de las dos empresas vinculadas mediante lo que se ha llamado contrato, pero en realidad traduce aporte de capital.” Así, el significado económico, a juicio del juzgador, permite considerar la renta como dividendos y no como regalías. Este caso no puede resultar convincente respecto de la afirmación de que no hay dos partes y que no existe autonomía privada, pues estos dos requisitos también son necesarios para hacer un aporte de capital. Por ello, las opciones habrían sido la recalificación del contrato en un aporte de capital, sin mencionar el argumento de las dos partes; o bien, desconocer a la entidad sosteniendo la identidad de sujeto y consecuentemente atribuir la renta de fuente argentina a la sociedad no residente.

<sup>682</sup> De tal forma las entidades sin ánimo de lucro no podrían ser excluidas de nuestro objeto, como inicialmente la lógica sugeriría. De esta forma, podrán haber dividendos pagados por una “sociedad” –en el sentido del MCOCDE- sin ánimo de lucro que deriven de un contrato de participación en beneficios que sea considerado una “participación social”.

<sup>683</sup> Art. 1, 3.1 y 4 MCOCDE.

concretar una cuarta circunferencia que es la entidad distribuidora de dividendos, caracterizada por ser también una sociedad, pero que debe cumplir además con el art. 10.3 del Modelo. En la teoría y en la práctica resulta complejo aislar la definición de entidad distribuidora de dividendos del ámbito subjetivo de aplicación de los CDI, del requisito de bilateralidad y de la definición de sociedad contenida en el art. 3.1 del MCOCDE, pues todos los anteriores vienen estrechamente relacionados y definidos por términos comunes como “residencia”, “persona”, “persona jurídica”, “sujeto a imposición”, entre otros vocablos que permiten una remisión al derecho interno del Estado de residencia o de constitución de la entidad, sin contar con las remisiones que puede suponer la propia definición del art. 10.3 del MCOCDE.

Aunque pueda pensarse que es irrelevante distinguir cada círculo concéntrico, básicamente porque la definición de dividendos pretende calificar una renta a la que se asigna un régimen fiscal en el Tratado, y parte de ese régimen depende del cumplimiento de las condiciones subjetivas para aplicar el art. 10 MC<sup>684</sup>, lo cierto es que puede ser necesario reparar en cada aspecto cuando existen modificaciones en los CDI, pues cada círculo tiene una definición particular y unos efectos diferentes, de manera que ampliar la definición de dividendos sin modificar correlativamente la de “sociedad” y “persona residente” podría ocasionar problemas de interpretación, que gráficamente podríamos describir como la pérdida del centro común, de forma que se convertiría en un grupo de círculos policéntricos. Lo mismo ocurriría si se incluyen como “personas residentes” a entidades a “agrupaciones de personas” que no son “sociedades”, o si la entidad distribuidora es simplemente un contrato que permita repartir beneficios con una fuente distinta a la de la actividad económica subyacente pero que no es en sí misma una “sociedad”.

Dicho esto, ha tenerse en cuenta que la determinación de la entidad distribuidora de dividendos juega un papel fundamental en el reparto de la potestad impositiva de los Estados que se realiza en los CDI, puesto que sin su existencia un Estado contratante podría

---

<sup>684</sup> El Informe sobre FII sirve de ejemplo para mostrar el tejido que existe entre los temas, al indicar: “17. The Working Party also concluded that the question of the application of tax treaties to REIT income was intertwined with that of the treaty treatment of REIT distributions to foreign investors so that these two questions had to be examined together.” OECD 2007: párr. 17.

desconocer a una sociedad del otro Estado contratante y entender que la renta ha sido obtenida directamente por los socios manteniendo su fuente, naturaleza y calificación original. Así las cosas, es relevante determinar cuándo se genera la ficción de que la renta que obtiene un socio, accionista o partícipe en una entidad tiene su fuente en la participación social y no mantiene su fuente original, lo cual deriva en problemas más concretos que consisten en determinar cuándo los beneficios se atribuyen a la sociedad y cuándo a los socios, y cómo se diferencian los dividendos que obtienen los partícipes y los beneficios de la entidad.

Bajo esos problemas generales a continuación revisaremos cuales son los requisitos previstos por el CDI para crear la ficción de que la fuente de los dividendos está en las participaciones sociales. Para ello, tendremos que aproximarnos, en primer lugar, a los requisitos de aplicación del Tratado y del artículo de dividendos para sentar algunas posiciones sobre la materia, y evitando entrar de lleno en las discusiones que ese tema plantea y que ciertamente nos desviarían de nuestro objeto. A tal efecto partiremos del MCOCDE, puesto que la revisión de los CDI muestra que las definiciones de “sociedad”, “persona” y “residencia” son idénticas o sustancialmente similares a las previstas en el MCOCDE en la mayoría de tratados a nivel mundial<sup>685</sup>, españoles<sup>686</sup> y colombianos<sup>687</sup>. No obstante, al hilo de la descripción de los problemas se irán mencionando algunos CDI que incorporan soluciones específicas. En definitiva, nos referiremos al primer y segundo círculo concéntrico que da lugar al ámbito subjetivo de aplicación del Tratado, para luego abordar la definición de “sociedad” y su especificación como “entidad distribuidora de dividendos” a partir de la lectura conjunta de los *art.* 3.1 y 10.3 del Modelo. Una vez sentadas esas bases conceptuales se analizarán los conflictos de en la calificación de la entidad que deriven en conflictos en la calificación de las rentas.

## 1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL CDI

---

<sup>685</sup> PISTONE 2012: p. 8; VOGEL 1997: párr. 32, art. 1.

<sup>686</sup> España-México 1994, con la particularidad de que habla de “personas morales” en vez de “personas jurídicas”. El CDI España-Canadá de 1981 agrega a la definición de sociedad “en francés, la expresión “société” incluye igualmente a una “corporation” en el sentido de la ley canadiense.”

<sup>687</sup> CUBIDES 2010: p. 28-29.



Las entidades distribuidoras de dividendos bajo los CDI que siguen la dicción del MCOCDE tendrán que ser “personas” “residentes” de un Estado contratante<sup>688</sup>. El término “persona” comprende a “las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas (*body of persons*)”<sup>689</sup>. A diferencia del término “sociedad” que se define en el mismo artículo 3.1 y cuyo significado se estudiará posteriormente, las expresiones “persona física” y “agrupación de personas” no se delimitan en el CDI, de manera que tendrán que ser interpretadas de acuerdo con el art. 3.2 MCOCDE y la CVDT. Dejando de lado a las personas físicas que pueden ser diferenciadas claramente de las sociedades, debemos centrarnos en las agrupaciones de personas, cuya interpretación ha resultado compleja gracias a que se ha entendido que podría ser definida de tres formas: por remisión a la legislación interna como alegó infructuosamente la Administración tributaria en el caso *Padmore vs. IRC I*<sup>690</sup>; acudiendo a su significado en el derecho anglosajón donde tendría su origen<sup>691</sup>; o, que por el contrario tiene un significado autónomo. Aunque resulta innegable su relación con el derecho inglés, los trabajos del WP14 del año 1961 dan cuenta de que la expresión tiene un significado autónomo y amplio, y que podría entenderse como:

- “a) aquellas no tratadas como unidad impositiva independiente por ninguno de los estados contratantes;
- b) aquellas tratadas como unidad impositiva independiente y gravadas de la misma forma que las personas jurídicas, o;

---

<sup>688</sup> El ámbito subjetivo de aplicación del CDI se define por el art. 1 que indica que el “[c]onvenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes.” De ahí se derivan entonces las dos primeras condiciones para la aplicación del CDI: 1) ser persona, y; 2) ser residente. No obstante, debe reconocerse que el art. 24 MCOCDE relativo a la prohibición de la discriminación contiene un ámbito de aplicación más amplio y podría hacer que normas del CDI se apliquen a entidades no residentes de ninguno de los Estados contratantes. Incluso, las libertades fundamentales según un caso aislado en la jurisprudencia de la Unión Europea ha obligado a garantizar los beneficios de un CDI a un EP de un residente en un tercer Estado. TJUE, Caso *Saint Gobain*, No. C-307/97, 1999. vid. LANG 2013: no. 186.

<sup>689</sup> vid. art. 3.1.a) MCOCDE.

<sup>690</sup> *Padmore vs. Inland Revenue Commissioners*, 1989, STC 493.

<sup>691</sup> Por ejemplo, el *International Tax Group* argumenta: La expresión “*body of persons*” era usada en el derecho general y tributario anglosajón para designar agrupaciones con personalidad jurídica o no, y que en el caso del *Income Tax Law* de 1918 en el Reino Unido excluía a las *partnerships*. Al traducirse a los sistemas del *civil law* no se encontró un significado técnico comparable y se tradujo como “*groupment de personnes*” o “*associazione di persone*”. AVERY JONES et al 2006: p. 222. También se ha afirmado que el WP14 parece haber tomado estas palabras del CDI entre Estados Unidos y Reino Unido de 1945 (DAY 2011: Apto 2.2.3.2), pero lo cierto es que dicho Tratado se refirió a las “United States corporation” cómo una “corporation, association or other like entity created or organised in or under the laws of United States” y a las United Kingdom corporation” como “any kind of juridical person created under the laws of the United Kingdom tal como se evidencia en los literales d) y e) del art. 1.1 CDI Reino Unido-Estados Unidos 1945. vid. KOCH 1947: p. 33

c) aquellas que siendo tratadas como unidades impositivas independientes, lo sean de forma diferente a las personas jurídicas, como cuando el tratamiento fiscal al que se asemeja es el de un individuo, como por ejemplo, pasa a ser el caso de ciertas sociedades de persona (*partnerships*) en Austria y Alemania ("*Gewerbesteuer*")<sup>692</sup>.

Así, todas las anteriores podrían ser agrupaciones de personas, aunque luego habría que delimitar cuales serían sociedades, en la medida en que este último término es especial frente al primero. Dicho eso, es evidente que la inclusión de las agrupaciones de personas buscaba hacer amplio el término persona<sup>693</sup>, dada la imposibilidad de enumerar en el Modelo a cada una de las entidades a las cuales aplicaría el CDI. En consecuencia, si así lo considerasen conveniente, los estados en cada negociación podrían enumerar o incluir expresamente a las que consideren que pudieran generar dudas<sup>694</sup>. Es así como en los Convenios se incluyen como "persona" a las "sociedades de personas (*partnerships*)", las fiducias o fideicomisos (*trust*) y las herencias yacentes<sup>695</sup>. En esa misma línea otros convenios también incluyen dentro del término a las entidades de derecho público<sup>696</sup> y las fundaciones<sup>697</sup>, lo cual ahorra discusiones, pero en muchos casos no representa una diferencia trascendental con la interpretación que se podría derivar del MCOCDE<sup>698</sup>, tal y como se aprecia en el párr. 2 de los Comentarios al art. 3.1<sup>699</sup>. Ese significado amplio del término persona se ratifica en el párr. 6.10 de los Comentarios al art. 1 incorporados en el MCOCDE de 2014 que considera como persona a las Instituciones de Inversión Colectiva

---

<sup>692</sup> FC/WP14(61)2, párr. 5

<sup>693</sup> El sentido amplio es desatacado por VOGEL 1997: p. 173. El *International Tax Group* ha justificado en los casos analizados por el WP14 que la definición de persona comprendería las hipótesis b) y c) descritas arriba, y en consecuencia que para delimitar el ámbito subjetivo del CDI habría que atribuir un significado más restrictivo de persona. Hay que ser cuidadosos en todo caso, y resaltar que eran los requisitos para ser considerado residente a nivel convencional lo que exigía que la persona debiera estar sujeta a imposición y no el concepto mismo de "persona". vid. FC/WP14(61)2; FC/WP14(61)4: párr. 5; AVERY JONES et al 2006: p. 222; AVERY JONES et al 2009: p. 11.

<sup>694</sup> Ello se aprecia en el tercer informe: FC/WP14(62)1.

<sup>695</sup> Estos se incluyen en los CDI España-Estados Unidos 2013; España-Filipinas 1994. Es el caso del MCEUA que incluye dentro del término a los "individuos, los patrimonios (*an estate*), los *trust*, las *partnership*, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas." BUZANICH 2004: p. 74; Los de España-Canadá 1981, Colombia-Canadá 2012 y España-Reino Unido 2013 sólo se refieren a las fiducias o fideicomisos (*trust*). vid. VOGEL 1997: párr. 33 y 37, art. 1.

<sup>696</sup> España-Emiratos Árabes Unidos 2007 sólo respecto de las entidades públicas.

<sup>697</sup> España-Arabia Saudí 2008, Protocolo; España-Francia 1997.

<sup>698</sup> vid. HELMINEN 2010: p. 77 y ss.; BARENFELD 2005: p. 150-151.

<sup>699</sup> "Ese mismo comentario permite observar que las *partnerships* son claramente personas, a diferencia del derecho anglosajón, de tal forma no podría derivarse del art. 3.1.f) una contraposición entre "personas jurídicas" y "*partnerships*", sino un mero reconocimiento de que estas últimas en algunos países no tienen personalidad jurídica. La consideración de las *partnerships* como personas supone la posibilidad de acceder al procedimiento amistoso de forma grupal. párr. 2 y 10.1 al art. 3 MCOCDE; OECD 1999: párr. 29-32.

(IIC) que según el Derecho interno no tengan personalidad jurídica y no estén sujetas a imposición como las personas jurídicas<sup>700</sup>.

La entidad distribuidora ha de ser también “residente” en los términos del art. 4 del Modelo que, salvo redacciones particulares de los CDI<sup>701</sup>, supone una remisión al derecho interno bajo tres requisitos: a) estar sujeto a imposición; b) resultar vinculado por un criterio de sujeción de los que se mencionan<sup>702</sup>, y; c) no estar sujeto exclusivamente por sus rentas de fuente territorial<sup>703</sup>. Los estados y sus subdivisiones políticas o entidades locales están comprendidos sin necesidad de cumplir con esas condiciones<sup>704</sup>. En caso de ser residente en

---

<sup>700</sup> Tras el trabajo del *Informal Consultative Group on Taxation of CIV's* iniciado en 2006, la OCDE publicó el Informe *The Granting of Treaty Benefits with respect to Income of Collective Investment Vehicles* (OECD 2010c) cuyas conclusiones fueron incorporadas en los párr. 6.8-6.39 al art. 1 MCOCDE. Estas instituciones se caracterizan en el párr. 6.8 al art. 1 MCOCDE por ser “fondos cuya titularidad es muy amplia que constan de una cartera de valores diversificada y que están sujetos a la normativa para la protección de inversores vigentes en el país en el que se hayan constituido.” Por lo general las IIC tienen personalidad jurídica, caso en el cual serán persona a efectos del CDI. Sin embargo, los estados a veces permiten que se organicen como *trust*, fiducias, acuerdos contractuales o algún tipo de copropiedad. Desde el punto de vista de la interpretación del CDI, en todos estos casos también es posible considerarlos como persona, pues son agrupaciones de personas, sin que interese si están sujetos a imposición. Resultan por tanto confusos los comentarios que sugieren que cuando los Estados suelen considerar a estas entidades como contribuyentes, por esa vía serán personas, dando a entender que de otra forma no lo serían. De hecho, los comentarios proponen a los Estados que en caso de querer aclararlo expresamente, podrían indicar que “en esas circunstancias, tales IIC son personas a los efectos de sus convenios...”(subrayado fuera de texto) lo cual no parece tener mucho sentido si como ya se ha dicho el término persona tiene un significado amplio. (párr. 6.10 art. 1 MCOCDE.)

<sup>701</sup> Estos requisitos no se incluye en algunos CDI, como por ejemplo en el de España con Australia de 1992 que prefiere definir como residentes a quienes lo sean según la legislación tributaria australiana y española sin establecer restricciones convencionales. VANN 2009: p. 248. Este autor expone que la razón de ser de esta política de Australia radica en el hecho de que la primera parte de la definición de residencia en el art. 4.1 MC tiene el riesgo de ser interpretada de forma literal para por ejemplo considerar que un criterio análogo es el del EP, como fue el caso *Crown Forest Industries* (1995, 2 SCR 802). El CDI de España con Bulgaria de 1991, Kuwait de 2008 y con Hong Kong de 2012 indica criterios diferenciados para cada Estado; en algún caso sin contener mayores limitaciones autónomas convencionales.

<sup>702</sup> Fuera de los casos en que los tratados introducen directamente a ciertas entidades dentro del ámbito subjetivo sin exigirles mayores requisitos, lo fundamental es determinar si la persona tiene un “vínculo personal” con el Estado, en otras palabras, si resulta ligada a través de elementos de conexión subjetivos. El Modelo incluye como tales al “domicilio, residencia, sede de dirección, o cualquier criterio de naturaleza análoga”. Otros tratados reconocen los criterios de nacionalidad y ciudadanía para delimitar el ámbito subjetivo del Convenio. Sobre el particular ver: COUZIN 2002: p. 130 y ss.; PISTONE 2012: p. 9. Estados Unidos quien grava a los nacionales y Rusia que en algunos CDI distingue entre ciudadanía y nacionalidad, debido a que esta última palabra significó en el pasado el origen étnico.

<sup>703</sup> Éste último requisito, solo aparece hasta el Modelo de 1977, por lo cual algunos CDI vigentes no lo incorporan. España-Austria 1968; España-Brasil 1975; España-Canadá 1981; España-China 1992; España-Dinamarca 1974 (denunciado); España-Ecuador 1993; España-Finlandia 1968; España-Indonesia 2000; España-Japón 1974; España-Marruecos 1985; España-Paises Bajos 1972; España-República Dominicana 2013; España-Singapur 2012;

<sup>704</sup> El Modelo de 1995 incorporó expresamente a los estados y sus subdivisiones políticas o entidades locales, lo cual, según los comentarios, es una ratificación de lo que ya era entendido por los estados miembros (párr.

los dos estados contratantes, la entidad se considerará residente en el Estado “ganador” de acuerdo con las reglas de desempate que, según el art. 4.3 del Modelo, dan preponderancia a la sede de dirección efectiva. En otras palabras, el concepto de residencia utilizado en el artículo 10 es convencional y deriva, en caso de conflicto, del artículo 4.3 y no del artículo 4.1, tal como se vio en el Capítulo I.

La entidad distribuidora debe ser “sujeta a imposición”, requisito incluido en la definición de residencia. La frase ha dado lugar a uno de los debates más amplios en la doctrina y jurisprudencia<sup>705</sup>, pero que en un sentido laxo puede entenderse como un vínculo personal entre la persona y un Estado que potencialmente permita a este gravarla, aunque en la práctica no lo haga por no incluirla dentro de los sujetos de los impuestos comprendidos por el Tratado, concederle una exención subjetiva u objetiva, o porque no se dan las condiciones objetivas para gravar (i.e. pérdidas a compensar, exenciones objetivas, etc.)<sup>706</sup>. No obstante, algunos estados han hecho interpretaciones restrictivas, desde requerir una imposición efectiva (derivada de la sola interpretación del CDI y no de la inclusión de una cláusula concreta)<sup>707</sup> hasta la exclusión de aquellos vínculos débiles como el que tiene una jurisdicción con las sociedades instrumentales residentes en su territorio, pero que son de propiedad extranjera y están exentas de impuestos respecto de las rentas del exterior, tal como lo indican los Comentarios<sup>708</sup>. En definitiva, fuera de los casos de entidades

---

8.4 art. 4 MCOCDE) y que según los CMOCDE 2010 incluiría a los fondos soberanos y en algunos casos, a las entidades íntegramente participadas por el Estado (párr. 8.5 art. 4 y párr. 6.35-6.39 art. 1 MCOCDE. Sobre el particular consultar: JANSSEN 2011: p. 185. y ss.). No obstante, resulta extraño, pues se trata de entidades que, por lo general, no pueden ser sujetos pasivos de impuestos debido al principio de la inmunidad del Estado como lo dice COUZIN 2002: p. 112. Un ejemplo de CDI que concretamente incluyen a los fondos soberanos se aprecia en el Protocolo del Convenio entre España y Arabia Saudí de 2008.

<sup>705</sup> Las preguntas que genera esta frase son variadas y exceden de nuestro objeto, por ejemplo: ¿Sujeta a imposición en cuáles impuestos? ¿Sobre la misma renta? ¿Incluye a los sujetos exentos? Sobre el particular COUZIN 2002; VANN 2009; WHEELER 2011; GALEA 2012;

<sup>706</sup> Históricamente, la frase “sujeta a imposición” fue la forma de remitir a la legislación interna, ya no para justificar una sujeción integral plena, como extrañamente se ha mantenido en los comentarios (párr. 3 y 8, art. 4 MCOCDE) vid. VANN 2009: p. 231-233; LANG 2010: párr. 194-195.

<sup>707</sup> Sobre el particular JANSSEN 2011: p. 202-203. Bajo ese ejemplo de los Comentarios, resultan particularmente complejo evaluar los casos de residentes que tienen derecho a la exención por participación sustancial, de las que los comentarios no dicen nada, pero que sería absurdo excluir.

<sup>708</sup> Esta exclusión data del MCOCDE de 1992 en los párr. 8.2 y 8.3 de los Comentarios al art. 4. VANN 2009: p. 259 afirma que la exclusión de las sociedades instrumentales del ámbito de aplicación se fundamenta en la segunda parte de la definición de residencia y que la historia demuestra que se pretendían atacar sólo aquellas entidades completamente exentas de tributación por sus rentas de fuente extranjera, con lo cual, aquellas sujetas potencialmente a imposición sobre algunos tipos de renta extranjera quedarían comprendidas dentro del objeto del CDI. Del mismo modo las entidades sin ánimo de lucro o los regímenes de fondos de pensiones

expresamente incluidas y sin mayores limitaciones, bajo la interpretación de los Comentarios al MCOCDE, la entidad distribuidora podría ser cualquier entidad considerada como un sujeto de los impuestos comprendidos, y ahí la versión francesa es más clara que la inglesa pues indica “*assujettie*” en vez de “*liable*”. Debe admitirse que la doctrina ha justificado con mucho sentido que es residente cualquier entidad que tenga un vínculo personal con un Estado y que no tiene sentido diferenciar entre entidades enumeradas o no en el aspecto subjetivo del hecho imponible<sup>709</sup>, pues no hay ninguna diferencia entre aquellas que no aparecen ahí y las que aparecen pero son inmediatamente exentas<sup>710</sup>.

La entidad distribuidora además tendrá que estar sujeta a imposición de forma independiente de sus miembros, requisito que el Informe de *partnerships* ha derivado del art. 4.1 del Modelo y a pesar de las interpretaciones más amplias<sup>711</sup>, pero que aparece de todas formas en la definición de “sociedad” como veremos. De cualquier modo, resulta complejo determinar cuando existe esa independencia, dado el amplio espectro de regímenes de transparencia que existen. Para la OCDE han de analizarse las características personales que determinan el monto de la renta y el impuesto a pagar. Así, cuando el impuesto de la *partnership* es determinado en relación con las características personales de los socios la *partnership* debería ser considerada como transparente y por lo tanto no sujeta a imposición<sup>712</sup>. El hecho de que la renta sea computada al nivel de la sociedad antes de ser atribuida a los partícipes y que el impuesto sea técnicamente pagado por la *partnership* no cambia ese resultado<sup>713</sup>. Por ello, se da un mero “transito” de la renta por la *partnership* hacia los socios, lo cual debe dar lugar a entender que la renta ha sido **pagada** a los socios a efectos de interpretar aquellos artículos que utilizan la expresión “pagada a un residente del

---

según los Comentarios si no son sujetos del impuesto de renta solo pueden ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del CDI por expresa disposición, pero si gozaran de una exención, la interpretación de la expresión “sujeta a imposición” podría dar cabida a considerarlas residentes. vid. CMOCDE art. 4, párr. 8.5; VANN 2009: p. 254 y ss.

<sup>709</sup> VOGEL 1997: art. 4, párr. 24 y ss.

<sup>710</sup> LANG & STARINGER 2014: p. 43.

<sup>711</sup> Como las que destacan LANG & STARINGER 2014: p. 43.

<sup>712</sup> Si los partícipes son gravables o no, cual otra renta tienen ellos, cuales son las deducciones personales a que tienen derecho y cuál es el tipo impositivo que les resulta aplicable.

<sup>713</sup> OECD 1999: párr. 40.

Estado contratante”<sup>714</sup>. En cualquier caso, la distinción entre transparencia y opacidad propuesta por la OCDE es un tanto confusa si se parte de la base de que los IS, al menos teóricamente, son un anticipo del IRPF cuando se prevé un sistema de integración.

Por lo anterior, la sujeción a imposición según el Informe de 1999 y los CMOCDE debe ser decidida de conformidad con la legislación del Estado de residencia, de manera que el Estado de la fuente ha de analizar las normas de designación de los contribuyentes en la primera jurisdicción y verificar si la entidad está incluida, para luego determinar si la renta está sujeta a imposición en cabeza de la sociedad o de los socios. Este último requisito ha sido criticado bajo la redacción del MCOCDE, pues la sujeción a imposición se predica de un sujeto, es decir que sólo con el primer análisis bastaría, y no debería ser confundida con que la renta esté sujeta a imposición<sup>715</sup>. Distinto es el caso de los CDI que expresamente lo disponen, como ocurre con el MCEUA<sup>716</sup> y el CDI entre España y Estados Unidos<sup>717</sup>.

Para los CMOCDE, una entidad califica como “residente” a efectos convencionales sólo si bajo la legislación del Estado de residencia está “sujeta a imposición” de forma independiente de sus miembros. En consecuencia, la legislación del Estado de la fuente es irrelevante<sup>718</sup>. Esa conclusión ha sido criticada vehementemente, sugiriéndose incluso que la atribución es un tema no tratado por el CDI y que quedaría dentro de ámbito de la legislación interna no limitada por el Tratado. Así, ambos estados podrían atribuir de forma

---

<sup>714</sup> párr. 6.4 al art. 1 MCOCDE. La atribución de la renta a la *partnership* o a los socios es también relevante para determinar el CDI aplicable en los casos en que tres estados están involucrados, aspecto en que no profundizaremos por no ser relevante a nuestros efectos. Al respecto vid. párr. 6.1 y 6.5 al art 1 MCOCDE.

<sup>715</sup> COUZIN 2002: p. 109; LANG 2000: p. 37 “...the Committee is of the opinion... it is not enough to be “liable to tax” as such, the residents also have to be “liable to tax on their share of the partnership income”. This approach comes close to a subject-to-tax-clause” and can be challenged in several ways.”

<sup>716</sup> art. 1.6 MCEUA. “An ítem of income, profit or gain derived through an entity that is fiscally transparent under the laws of either Contracting State shall be considered to be derived by a resident of a State to the extent that the item is treated for purposes of the taxation law of such Contracting State as the income, profit or gain of a resident.” En concordancia con Sec. 894(c) *Internal Revenue Code*.

<sup>717</sup> El CDI de 1990 fue modificado en el año 2013 y regula expresamente las situaciones en las cuales una entidad considerada fiscalmente transparente constituida u organizada en uno de los Estados contratantes o en uno tercero con el cual haya un Convenio con intercambio de información, se considerará percibido por un residente de un Estado contratante siempre que el elemento de renta, beneficio o ganancia se atribuya a ese mismo sujeto por la legislación de dicho Estado.

<sup>718</sup> OECD 1999: párr. 53; MCOCDE, párr. 6.3 al art. 1. “...el Estado de la fuente tiene que tener en cuenta, por ser parte del contexto de los hechos en el que el convenio debe aplicarse, la forma en que un elemento de renta producida en su territorio es tratado en el Estado donde es residente la persona que reclama los beneficios del Convenio por reunir tal condición.”

independiente<sup>719</sup>. A nuestro juicio, si bien no es posible coincidir con la OCDE que ello derive del art. 4.1 del Modelo, si es factible llegar a una conclusión semejante desde la definición de sociedad del art. 3.1 y de dividendos del art. 10. En consecuencia, al menos en lo que respecta a la determinación de la entidad distribuidora de dividendos existe una norma de atribución implícita en los CDI por la ficción que crea el concepto de dividendos.

En ese sentido, si una entidad es considerada como no residente por incumplir cualquiera de los requisitos del art. 4.1 MC, no procede la ficción de la atribución de los beneficios a dicha entidad y de los dividendos a los socios, de manera que habrá que determinar si sus miembros son residentes<sup>720</sup>, y en caso de tratarse de una IIC, el MCOCDE sugiere que a través de un acuerdo amistoso se les dote de una “vía administrativa para reclamar los beneficios del convenio para aquellos inversores que tengan derecho a ello”<sup>721</sup>. Obviamente, cuando las *partnerships* o las IIC son tratadas de la misma forma que las sociedades, claramente estarían comprendidas dentro del ámbito subjetivo del CDI y pueden ser entidades distribuidoras de dividendos<sup>722</sup>. No obstante, ciertos tratados expresamente consideran a las sociedades transparentes como residentes<sup>723</sup>. De hecho, algunos CDI consideran que los *trusts*, los fondos de pensiones, los vehículos de inversión

---

<sup>719</sup> LANG 2000: p. 37-39; AVELLA 2009: p. 297. Es interesante que este último autor destaca que el párr. 8 al artículo 17 contradice directamente la conclusión del Informe y de los CMOCDE en relación con las *partnerships*, al señalar que el Estado de la fuente puede atribuir la renta a los artistas y deportistas directamente, y no las entidades interpuestas. Además, este criterio resulta, contrario al criterio de calificación de las rentas de conformidad con el Estado de la fuente establecido en el párr. 32.3 al art. 23 MCOCDE, lo cual no tendría problemas si fueran asuntos independientes. Sin embargo, hay casos donde la calificación depende de la atribución.

<sup>720</sup> OECD 1999: párr. 47. Como es bien sabido las *partnerships* suelen ser transparentes a efectos fiscales, especialmente en países del *common law*, caso en el cual bajo el MCOCDE no pueden acceder a los beneficios del CDI por sí mismas, aunque sus socios si podrán hacerlo por su parte en la entidad, siempre que tales rentas les resulten atribuidas por su Estado de residencia. En esa línea la *Cour Administrative d'Appel* en Francia en el caso *Diebold Courtage SA (FR: CE, 13 Oct. 1999, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie v. Diebold Courtage SA, Decision Nos. 191191, 8 and 9, RJF 12/99 No. 1492 (Fr.), Tax Treaty Case Law IBFD)* Comentada por GALEA 2012: aptdo. 1.2.3.1.

<sup>721</sup> párr. 6.16 al art. 1 MCOCDE

<sup>722</sup> OECD 1999: nos. 33-35; párr. 6.12 al art. 1 MCOCDE en relación con las IIC.

<sup>723</sup> España-Francia 1997 “**3.** En relación al apartado 1 del artículo 4, se entenderá que la expresión «residente de un Estado contratante» comprende: b) En el caso de Francia, las sociedades de personas y las otras agrupaciones de personas sometidas por la legislación interna francesa a un régimen fiscal análogo al de las sociedades de personas, que tengan su sede en Francia y no estén allí sometidas al impuesto sobre sociedades, y en que cada miembro esté personalmente sometido al impuesto en Francia en la parte de los beneficios que le correspondan en aplicación de la legislación interna francesa.”

(IIC)<sup>724</sup> o las entidades sin ánimo de lucro resultan comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Convenio<sup>725</sup>, a pesar de que son entidades que en muchos casos no están “sujetas a imposición”.

Cuando las personas comprendidas en el ámbito subjetivo del CDI no son sociedades ni entidades distribuidoras de dividendos, y no son “sujetas a imposición” de forma independiente de los socios en el sentido del Informe *partnerhips*, puede ocurrir que se genere la ficción, a efectos del Tratado, de que la renta se atribuye a la agrupación de personas y no a sus miembros, que resulta muy similar a la que se genera con el concepto de dividendo al atribuir los beneficios a la sociedad, pero con la diferencia de que el artículo 10 no resultará aplicable para permitir que el Estado de la residencia de los partícipes pueda gravar, con las limitaciones convencionales, a sus residentes por su cuota, pues no hay una “sociedad” entidad distribuidora de dividendos, sólo una agrupación de personas. Esto se evidencia en el caso *Padmore I*<sup>726</sup> en el que el juzgador interpretó las normas de distribución del CDI de forma objetiva al prohibir la imposición en Reino Unido de los beneficios obtenidos por uno de sus residentes a través de una *partnership* en Jersey<sup>727</sup>. Se aceptó así la alegación del señor Padmore según la cual si bien los ingresos le eran atribuibles porque la legislación inglesa consideraba transparente a la entidad, la Orden de 1952 para eliminar la doble imposición entre esas jurisdicciones obligaba a declarar exentos los beneficios de las empresas y personas de Jersey -como de hecho era considerada la *partnership*-, a menos que existiera un EP<sup>728</sup>. Gracias a eso el Reino Unido y otros estados han excluido del término “persona” de los CDI a todas las *partnerships* o

---

<sup>724</sup> vid. párr. 6.17 y ss. al art. 1 MCOCDE

<sup>725</sup> PISTONE 2012: p. 10. Así, por ejemplo, CDI Lichtenstein-Uruguay incorpora a los CIV's. Los *trust* son comunes en tratados de Hong Kong y Portugal; los Fondos de Pensiones están incluidos en el art. 1 del Modelo belga y se le garantiza la aplicación del art. 10.2.b) que exime los dividendos siempre que sean provenientes de acciones que se tienen con el propósito de asegurar los beneficios de retiro. RICHELLE & TRAVERSA: p. 155.

<sup>726</sup> Reino Unido, Caso: *Padmore vs. Inland Revenue Commissioners*, 1989, STC 493.

<sup>727</sup> WHEELER 2011: p. 328.

<sup>728</sup> vid. los comentarios al caso *Padmore* en HARRIS & OLIVER 2010: p. 56; BAKER 2000: no. 1B.15 y ss. Para WHEELER 2011 (p. 328.) el juzgador del caso *Padmore* interpreta las normas de distribución del CDI de forma objetiva al prohibir la imposición de los beneficios y no de la persona. En nuestra opinión, el problema se crea por el amplio entendimiento de agrupación de persona y su desencaje con la definición de dividendos.



aquellas que no son consideradas una entidad fiscal diferente de sus socios<sup>729</sup>, tratando de unificar el término agrupación de personas con los de sociedad y entidad distribuidora de dividendos, de manera que si un Estado decide gravar a los socios residentes en esa jurisdicción por su participación en una entidad residente del otro Estado contratante podrá hacerlo sin las limitaciones del art. 7 del Modelo, aunque ello llevará que deba mantener la calificación de dividendos a efectos del CDI.

Los principios establecidos por el Informe de *Partnerships* de 1999 se pueden aplicar a otros tipos de sujetos como los *trusts*, fiducias y fondos. Sin embargo, existen especialidades respecto de entidades tales como las IIC y los FII<sup>730</sup> que han supuesto Comentarios específicos, e incluso sugerencias de modificación del texto de los Convenios, ya que los efectos deseados desde la política fiscal no pueden ser logrados en muchos casos bajo el texto del Modelo. En particular, estas entidades buscan ser gravadas neutralmente de forma que exista un solo nivel de imposición, lo que se puede lograr a través de distintas vías. La primera, que ya se ha comentado en este trabajo, es la transparencia, y supondrá que la IIC no será residente por sí misma y en su lugar lo serán los inversores, pero de todas formas el otorgamiento de los beneficios del CDI a éstos últimos parece extremadamente difícil dada la alta probabilidad de que la fuente de la renta, la constitución del IIC y los inversores estén en 3 estados diferentes<sup>731</sup>. Ahora bien, en otros estados las IIC son unidades impositivas independientes, pero que pueden generar algunas dudas en torno a si están sujetas a imposición. El párr. 6.12 expone los siguientes sistemas que al final tienen el mismo efecto económico que la transparencia:

- a) Se permite la deducción de la totalidad de los pagos de dividendos a sus inversores por lo cual se ven sujetos a una mínima o nula tributación efectiva.

---

<sup>729</sup> BAKER 2000: no. 1B.15 y ss.

<sup>730</sup> FII (REIT's –Real Estate Investment Trust, lo que se ha traducido como fideicomisos de inversiones inmobiliarias (FII)) El párr. 67.1 al art. 10 MCOCDE los describe: “sin demasiada precisión como una sociedad, fideicomiso o acuerdo contractual o fiduciario con pluralidad de propietarios o partícipes, que obtiene sus rentas fundamentalmente de la inversión a largo plazo en bienes inmuebles, de la que distribuye anualmente la mayor parte, y que no paga impuesto sobre la renta por razón de esas rentas así distribuidas relacionadas con los bienes inmuebles. El hecho de que este instrumento FII no pague impuesto alguno sobre esas rentas es el resultado de la normativa tributaria que establece un único nivel de imposición que corresponde al de los inversores en el FII.”

<sup>731</sup> párr. 6.11 art. 1 MCOCDE. Por ello el MCOCDE ofrece varias soluciones en los apartados 6.17 y ss. al art. 1. Al respecto es interesante el trabajo de VERMEULEN 2011: p. 84 y ss.

- b) El tipo impositivo es reducido para las IIC
- c) Se prevé plena imposición en la IIC pero con un sistema de integración que concede una desgravación en cabeza de los socios.

La OCDE observa que no existe un consenso entre sus estados miembros sobre el contenido del término sujeto a imposición y que en consecuencia la respuesta podría variar. Por ello se remite al párr. 8.6 de los Comentarios al art. 4.1 MCOCDE que, recuérdese, trata el caso de las entidades sin ánimo de lucro, destacando que en muchos estados lo importante es que las entidades sean sujetos del impuesto según las leyes tributarias y si bien lo estén en calidad de exentas, deban repartir toda su renta o puedan deducir los dividendos (párr. 8.6 art. 1 MCOCDE). Si no cumplen dichos requisitos no tendrán derecho al Tratado. Ello parece ser lo más razonable desde la hermenéutica del MCOCDE<sup>732</sup>, pues son por lo general entidades opacas, es decir, unidades impositivas, a pesar de que no resultan gravadas efectivamente. Por ello, habría que concluir que se trata de entidades residentes, puesto que si bien no pagan impuestos efectivamente, esto sólo se logra cuando se reúnen ciertos requisitos. De tal forma, no están exentas desde su nacimiento<sup>733</sup>, ni suponen una diferencia radical con el raciocinio aplicado a los casos de entidades sin ánimo de lucro<sup>734</sup>. No obstante, reconoce el párr. 8.7 al art. 4.1 MCOCDE que algunos estados pueden no admitir como residentes a entidades exentas en virtud de su legislación tributaria nacional, salvo que se incluyan explícitamente en el Tratado, pero parece absurdo que se dude de la condición de residentes de quienes se ven sujetos a estos regímenes fiscales, pues se generarían la incertidumbre sobre muchos otros regímenes que utilizan las mismas técnicas desgravatorias, como por ejemplo, una típica sociedad en una legislación que tenga el sistema de integración entre el IS y el IRPF. El MC podría pasar a ser llamado “de al menos una imposición en renta y patrimonio”, planteando la duda de cuál es el nivel de imposición mínimo para ser considerado residente. Cuestión distinta es que las IIC no sean consideradas el beneficiario efectivo bajo una interpretación económica de esta cláusula, pero eso será un problema externo al que nos convoca, pero los Comentarios sobre IIC ponen de manifiesto cómo ese tema se confunde con la sujeción a imposición.

---

<sup>732</sup> Esta misma sugerencia en GALEA 2012: aptdo. 2.1.2.

<sup>733</sup> GALEA 2012: Sec. 2.1.2

<sup>734</sup> NOUEL 2008: p. 747.

De forma similar a los IIC, los FII son por lo general entidades opacas, es decir, unidades impositivas, a pesar de que no resultan gravadas efectivamente por el hecho de repartir y deducir toda su utilidad en el año gravable. Por ello, aquellos estados que interpreten de forma amplia el concepto de sujeto a imposición habrán de concluir que se trata de entidades residentes, puesto que si bien no pagan impuestos efectivamente, esto sólo se logra cuando se reúnen ciertos requisitos.

De lo dicho se observa que la definición de residencia contempla una remisión al derecho interno y se basa en un confuso criterio de sujeción a imposición que no encuentra un contenido perfectamente claro en los Comentarios, pues, parafraseando a VANN, parece estirarse para comprender a sujetos “buenos” como las entidad sin ánimo de lucro, y porque no decirlo, a quienes hacen lobby (FII y IIC), y restringirse para los “malos” y “feos” como las sociedades instrumentales<sup>735</sup>. El criterio establecido por el MCOCDE para interpretar “sujeto a imposición” como entidad independiente de sus miembros encuentra soporte histórico<sup>736</sup> y es un requisito similar al que parece exigir la definición de dividendos al requerir una unidad impositiva independiente, tal y como se verá al analizar el término sociedad. En todo caso, resulta relevante destacar que el informe de *partnerships* ha introducido el requisito de la atribución de la renta por el Estado de residencia de la entidad, que es cuestionable bajo la literalidad del Modelo como se ha dicho, pero novedoso, pues el análisis si la entidad (*partnership*, IIC o FII) no es sujeta a imposición sobre *ese rendimiento*, podrán se los socios estarlo. Se consagra así, por vía de interpretación del art. 4.1 MCOCDE, una regla que supondrá la ausencia de dividendos a efectos convencionales al no reunirse los presupuestos de la ficción de que la renta deriva de participaciones sociales en una entidad distribuidora. Por el contrario, se da un mantenimiento de la fuente y elementos originales.

Mientras que esa interpretación parece ajustarse a la política fiscal detrás de las IIC donde la neutralidad se da precisamente a través de la transparencia, de forma destacadamente contradictoria, no parece conveniente para la política fiscal justificada por la OCDE en

---

<sup>735</sup> VANN 2009: p. 256-257

<sup>736</sup> vid. FC/WP14(61)2; FC/WP14(61)4: párr. 5; entienden el requisito de residencia y sujeto a imposición como ser una unidad impositiva independiente, expresión utilizada también para definir sociedad.

relación a los FII, ya que para estas últimas se requiere que los rendimientos se atribuyan a estas entidades a pesar de que no estén gravadas por tales beneficios según la legislación interna, y que repartan dividendos a efectos de la calificación de los CDI. De no aceptarse eso, y considerando que las rentas de las FII son rentas inmobiliarias principalmente, podría causarse una “disparatada” sujeción ilimitada en el *situs* de acuerdo con el art. 6 MC, en tanto que bajo un régimen de transparencia el rendimiento sería obtenido por un residente del otro Estado contratante manteniendo su calificación. Ello ha supuesto una propuesta de modificación del artículo de dividendos para incluir como tales a las distribuciones de FII que de otra forma serían calificadas de transparentes<sup>737</sup>.

### 1.3. DEFINICIÓN DE “SOCIEDAD” A LA LUZ DEL ART. 10.3 DEL MODELO

La definición de sociedad es fundamental en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del art. 10 MCOCDE, pues los cinco numerales del art. 10 se refieren a los dividendos *pagados* por una sociedad (*company-société-Gesellschafts*)<sup>738</sup>, al igual que lo es para definir el alcance de las limitaciones previstas, en tanto que el inciso 2 puntualiza que no pueden afectar “la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos.”<sup>739</sup> A diferencia del Primer Informe del WP12, hoy en día el art. 10.3 MCOCDE no se refiere directamente a las entidades que pueden ser distribuidoras de dividendos, aunque perviven algunas menciones en los párrafos 1 y 27 de los Comentarios al mismo art. 10<sup>740</sup>. De hecho, la tercera parte de la definición aparece cuando se eliminan del texto del Modelo los tipos de sociedades que podían pagar dividendos como un presupuesto de hecho amplio que evitara acudir al derecho mercantil

---

<sup>737</sup> OECD 2007: párr. 19. Este disparate, se genera porque las rentas de los FII son una inversión semejante en términos de inversión, que los bonos o acciones, y una tributación conforme al art. 6 MCOCDE podría ser excesiva. vid. párr. 18-29

<sup>738</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 7.

<sup>739</sup> (subrayado fuera de texto). Además, el mencionado término “sociedad” es relevante para determinar al receptor de los dividendos que puede acceder a la reducción de la imposición en la fuente por participación sustancial contenida en el art. 10.2.a) del MCOCDE que exige que el beneficiario efectivo sea una “sociedad (excluidas las sociedades de personas –*partnerships*–)”. Todo ello aparece reconocido por los Comentarios al MCOCDE que explican que el término “sociedad” “se ha redactado teniendo en cuenta particularmente el artículo referente a los dividendos”. párr. 3, art. 3 y párr. 24, art. 10 MCOCDE.

<sup>740</sup> El párr. 1 indica: “Generalmente se entiende por dividendos las distribuciones de beneficios hechas a los accionistas o socios por las sociedades anónimas [*companies limited by shares/sociétés anonymes*], comanditarias por acciones [*limited partnerships with share capital/sociétés en commandite par actions*], sociedades de responsabilidad limitada [*limited liability companies/sociétés á responsabilité limitée*] y otras sociedades de capitales [*other joint stock companies/sociétés de capitaux*]”

mediante una remisión a la legislación fiscal del Estado de la residencia de la entidad. Por la misma época, el WP14 ya había propuesto una definición de sociedad que envuelve igualmente una remisión al derecho interno. Así, bajo la redacción actual del Modelo la entidad distribuidora de dividendos debe ser siempre una “sociedad”, incluso en aquellos que eliminan de la definición la referencia a las “participaciones sociales”<sup>741</sup>, con lo cual existen dos remisiones a la legislación interna.

El término sociedad cuenta con una definición expresa en el literal b) del art. 3.1 del Modelo que se remonta a los trabajos del WP14 de la OEEC<sup>742</sup>. La versión más reciente del Modelo, seguida muy de cerca por la práctica convencional, indica: “A los efectos del presente Convenio, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente: (...) b) el término sociedad significa cualquier *persona jurídica* [*body corporate/personne morale*] o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos”<sup>743</sup>. De ésta forma, el MCOCDE lleva al nivel del Tratado todos los problemas que se han mencionado en torno a las diferentes concepciones de la personalidad jurídica y unidades

---

<sup>741</sup> La definición de “sociedad” es fundamental en el concepto de dividendos ya que el concepto “participaciones sociales (*corporate rights-parts sociales-Gesellschaftsanteile*)” utilizado en la definición del apartado tercero del artículo, envuelve el concepto de sociedad, lo que es más evidente en la versión alemana. VOGEL 1997: párr. 190 art. 10. p. 651. Además, la tercera parte de la definición contiene una remisión al Estado en el cual la “sociedad” es residente. Es por esta última mención que, a pesar de que ciertos CDI como los que siguen al MCEUA excluyan de la definición a las “participaciones sociales”, la entidad distribuidora siempre debe ser una sociedad. HELMINEN 2010: p. 79. Así, la definición de entidad distribuidora de dividendos, a los efectos de los CDI, se construye a partir del término “sociedad”, aunque bien cabe reconocer que el término es usado también para la definición del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 10, así como en los artículos 5.7 y 16 MCOCDE, y en los comentarios 13-20 al artículo 1 que excluyen de la aplicación del CDI a ciertas “sociedades” instrumentales o conductoras de rentas. DAY 2011: aptdo. 2.3.1.

<sup>742</sup> OEEC, FC/WP14(59)1. El grupo estaba conformado por delegados de Austria y Suecia y fue encargado de la elaboración de una propuesta de artículo que contuviera las definiciones generales. Inicialmente la definición indicaba: “The term “company” means any body corporate and any entity which is treated as a body corporate for tax purposes”; FC/WP14(61)1 en el párr. 3 explicaba la existencia de dos partes de la definición; FC/WP14(61)2 en este Informe se reemplaza el “means” por “includes”. Los comentarios al recién citado Informe son los más completos y resumen las discusiones más importantes en torno a las sociedades incorporadas. Las discusiones al último informe se reflejan en el FC/M(61)5 destacándose que se centran únicamente en el problema de las sociedades de personas (*partnerships*). vid. AVERY JONES et al 2009: p. 7.

<sup>743</sup> Algunos CDI no definen expresamente “Sociedad” (España-Bulgaria 1991), lo cual obliga a acudir al art. 3.2 del Modelo. En tales casos dado que la definición de dividendos prevista en el artículo equivalente al 10.3 MCOCDE opera como contexto y la tercera parte de la definición de dividendos remite a la legislación del Estado de residencia, será entonces éste último ordenamiento, con preferencia el tributario, el que permita definir si hay una unidad impositiva independiente, que a efectos del CDI pueda ser una entidad distribuidora de dividendos. De tal forma, en principio no habría diferencias sustanciales en el resultado con respecto a los CDI que si definen sociedad.

impositivas independientes, de manera que la pregunta que surge es si pueden existir “sociedades” distribuidoras de dividendos en los términos del CDI que sean personas jurídicas bajo el Derecho privado y no tratadas como entidades independientes a efectos fiscales.

De la mera lectura del artículo y de los Comentarios<sup>744</sup> podría inferirse que la primera parte incluye a todas las “personas jurídicas” según el Derecho privado sin importar su tratamiento tributario<sup>745</sup>, es decir, que para la definición de dividendos sería irrelevante si la sociedad es transparente u opaca<sup>746</sup>. Sin embargo, tal aseveración resulta errónea por las siguientes razones: en primer lugar, la referencia a las personas jurídicas por parte del Modelo resulta imprecisa en su traducción y su alcance, lo que da cuenta que el uso de los términos no era el técnico propio del Derecho privado y que, por lo tanto, no se estaban refiriendo al significado exacto que allí pudieran tener<sup>747</sup>; además, partiendo de que no es posible encontrar una definición universal de persona jurídica<sup>748</sup>, habría que acudir a la legislación interna de alguno de los Estados. En esa línea, el problema sería aún más complejo, pues una vez ubicados en el ordenamiento civil de un Estado, la determinación de la personalidad jurídica de una entidad extranjera requeriría analizar el Derecho internacional privado que no parece ofrecer una única solución, pero que podría remitir a su vez a otros ordenamientos jurídicos<sup>749</sup>, todo lo cual permite concluir que la referencia a la

---

<sup>744</sup> El párr. 3 de los Comentarios al artículo 3 se lee: “el termino sociedad comprende, en primer lugar, *las personas jurídicas*. El término se extiende, además, a cualquier otra unidad imponible así considerada por la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido [*organized/constituée*]. La definición se ha redactado teniendo en cuenta particularmente el artículo referente a los dividendos. El término “sociedad” solamente afecta a ese artículo, al apartado 7 del art. 5 y al artículo 16.”

<sup>745</sup> Ya se ha dicho que existen personas jurídicas que el ordenamiento fiscal considera transparentes, como por ejemplo, las *S Corporation* en Estados Unidos o las *Limited Liability Partnerships* en el Reino Unido son entidades transparentes a pesar de ser personas jurídicas (*body corporate*) AVERY JONES et al 2002: p. 315. Un ejemplo en el sistema español se encuentra en el art. 8.3 LIRPF.

<sup>746</sup> Así lo defiende: AVERY JONES et al 2009: p. 9

<sup>747</sup> Respecto de la primera y segunda parte de la definición de sociedad en el MCOCDE, en la versión en francés se utiliza la dicción “*personne morale*” y en inglés “*body corporate*”, siendo evidente que esta última resulta más restrictiva. Es más, se pudo haber usado la expresión “*legal person*” o “*legal entity*” para ser más precisos.

<sup>748</sup> Así lo afirma con varios ejemplos AVERY JONES et al 2009: p. 9.

<sup>749</sup> Cómo es bien sabido, las legislaciones civiles suelen contener tres criterios para determinar la ley aplicable a una sociedad –*lex societatis*–, a saber: el del Estado de constitución; el de incorporación o sede del domicilio social; y, el de la sede real. Cada uno de estos criterios puede significar cosas distintas, pues por ejemplo, el de la sede real, puede ser el centro principal de actividades o el lugar de administración central. Dado que los estados adoptan de forma no armonizada estos criterios, lo más posible es que al final cada uno considere que su ley interna es la *lex societatis* de la entidad, dando lugar a un conflicto de leyes, que tendría reflejo en

legislación civil o mercantil genera un altísimo grado de inseguridad jurídica. En segundo lugar, la definición de sociedad fue redactada para excluir a las entidades opacas, como se evidencia cuando el WP afirma que "...las agrupaciones de personas, que no sean tratadas como personas jurídica bajo la legislación fiscal no deberán ser incluidas dentro de del término 'sociedad'"<sup>750</sup> y que el término "sociedad" busca "eliminar las dificultades originadas por las diferencias entre el derecho interno tributario y el derecho interno privado."<sup>751</sup> En tercer lugar, el art. 3.2 del Modelo da preferencia al significado fiscal sobre el de otras ramas del Derecho, por lo cual el concepto de persona jurídica utilizado por la definición de sociedad en el MCOCDE debe ser interpretado desde el punto de vista fiscal, de forma que se entienda como un sujeto pasivo tributario o unidad imponible. Esta es la interpretación más adecuada a las reglas hermenéuticas de los CDI, la que más se acompasa con a la historia y con las finalidades de estas normas, pues permite evitar asimetrías en la calificación de las entidades, aunque esto pueda hacer redundante la definición "sociedad"<sup>752</sup>. Finalmente, los párr. 2, 3<sup>753</sup> y 27<sup>754</sup> de los Comentarios al art. 10 del Modelo dejan perfectamente claro, desde su origen en el WP12 que cuando se pretenda definir sociedad para concretar la existencia de una entidad distribuidora de dividendos la misma debe ser opaca, esto es, que se atribuya la renta producto de la actividad realizada a la entidad y no a los socios, pues de lo contrario no podrá ser considerada entidad

---

materia tributaria. Por ello, debido a que la definición de *lex societatis* en materia internacional no resulta uniforme, la remisión al derecho privado resulta perturbadora a los efectos del CDI. GARCIMARTÍN (s/a)

<sup>750</sup> FC/WP14(62)1, párr. 10.

<sup>751</sup> Así aparece en el Primer Informe del WP14: "3. In most Member countries of O.E.E.C. differences exist between the provisions of civil law and those of tax laws as to the treatment of different kinds of entities. Thus, e.g., a partnership is frequently treated for tax purposes as a body corporate whereas this form of business undertaking has no legal personality under civil law. The term "company" has been defined with a view to eliminate difficulties originating from such differences between the national tax laws and the civil law." WP14(61)1.

<sup>752</sup> El argumento de la redundancia es esgrimido por AVERY JONES et al 2009: p. 8. A nuestro juicio es una argumento de lógica común ajeno a las reglas de interpretación de los CDI.

<sup>753</sup> Que ha pervivido desde el Primer Informe del WP12.

<sup>754</sup> Este comentario tiene su origen en el Primer Informe del WP12 que indica: "Distributions of profits by partnerships of individuals are not dividends. French law, however, makes an exception to this principle in the case of distributions to the limited (i.e. sleeping) partners by "sociétés en commentate simple" (limited partnerships without share capital)." (FC/WP12(60)4) p. 16). Sin embargo, es hasta el Modelo de 1977 cuando adquiere su redacción actual, que por cierto no ha tenido modificación desde entonces. Hubo una reenumeración en 1992, pues en el Modelo de 1977 era el párr. 26.

distribuidora y estos últimos sujetos obtendrían una renta calificada como beneficios empresariales y no como dividendos<sup>755</sup>.

De todas formas, eminente doctrina ha llegado a la conclusión opuesta, esto es, que la definición de sociedad incluye a todas las personas jurídicas según el Derecho privado, aunque ha de reconocerse que llegan a un resultado similar al aquí propuesto por vía de entender que la definición de residencia limitaría esa amplitud, pues “una persona jurídica que es tratada como transparente para propósitos fiscales en el Estado en el que está organizada o es dirigida, es una sociedad, pero puede no ser residente en ese Estado, como quiera que no está sujeta a imposición y, por lo tanto, el art. 10 no aplicará para reducir el impuesto de ese Estado.”<sup>756</sup> Como se expuso en el apartado anterior, existen interpretaciones bastante más amplias del término residencia e incluso tratados que no exigen ser sujeto a imposición, por lo cual no podemos compartir esa posición de los autores y dejar la distinción entre entidades opacas y transparentes en la definición de residencia. De todas formas, parece que todos coincidimos en que es necesario brindar seguridad jurídica eliminando la primera parte de la definición de sociedad<sup>757</sup>.

La segunda parte de la definición distingue entre entidades transparentes y opacas, ya que considera como “sociedad” a “cualquier entidad que sea tratada como persona jurídica a efectos impositivos”<sup>758</sup>. El objetivo de la norma, tal como dice el citado párr. 3 de los Comentarios, es incluir a cualquier “unidad imponible”<sup>759</sup> que sea tratada de forma

---

<sup>755</sup> Es curioso que se utilice el término *partnership* en los citados comentarios para hablar de entidades transparentes fiscalmente, cuando el Informe de 1999 indica que las referencias a las mismas “...comprende a entidades que cualifican como tales bajo el derecho civil o comercial a diferencia del Derecho tributario...” OECD 1999: párr. 2. Es evidente que no hay un uso coherente de la palabra por parte de la OCDE debido a los momentos históricos en que fueron desarrollados ambos textos y que deberían armonizarse en aras de claridad.

<sup>756</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 8. En la misma línea: HELMINEN 2010: p. 81

<sup>757</sup> Así AVERY JONES et al 2009: p. 44; HELMINEN 2010: p. 88-89. De hecho, existen tratados que ya incorporan una definición de sociedad que sólo incluye la segunda parte del art. 3.1.b) MCOCDE. p. ej. CDI Estados Unidos y Suecia de 1994. AVERY JONES et al 2002: p. 316-320. Una crítica puede verse en: BARENFELD 2005: p 358-360.

<sup>758</sup> Ver variaciones a la segunda parte de la definición de sociedad en la práctica australiana en: AVERY JONES et al 2009: p. 12. Al final esas variaciones llegan al mismo resultado que aquí defendemos.

<sup>759</sup> La traducción del IEF utiliza cuatro sinónimos “unidad imponible” (párr. 3 art. 3), “sujeto pasivo” (posiciones al art. 3, párr. 7), “entidades” (posiciones al art. 3, párr. 8), “entidades sujetas a imposición” (párr. 3 art. 1) para traducir “taxable unit”. Al parecer, el WP14 se refiere a lo que la doctrina española y el art. 36 LGT llama “contribuyente”, esto es, el obligado tributario, más en concreto, el sujeto pasivo a cargo de la



independiente por la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido (*organised*). El WP14 explicaba que la segunda parte de la definición de “sociedad” buscaba solucionar los casos en los cuales una entidad, en especial las *partnership*, fuera tratada como una persona jurídica a efectos tributarios, a pesar de que bajo el derecho civil no tuviese personalidad jurídica<sup>760</sup>. De esta forma, la definición de sociedad sólo aceptaría el literal b) de los supuestos que podría comprender el término “persona” mencionados anteriormente en este trabajo. Esto es, aquellas entidades tratadas como unidad impositiva independiente y en igual forma que las personas jurídicas<sup>761</sup>. Aunque el WP14 solo mencionó a las *partnerships*, estaría claro que ciertas entidades sin personalidad jurídica como los *trust*, los consorcios, las IIC, los FII, o los fondos comunes que reciban el tratamiento fiscal de las sociedades pueden ser considerados como “sociedades” a efectos de aplicar el CDI y, en consecuencia, los rendimientos pagados a sus inversores pueden ser considerados dividendos<sup>762</sup>. Sin embargo, la duda que genera la redacción de la definición de “sociedad” es ¿A qué se refiere que tenga un tratamiento similar a las personas jurídicas?, Duda que surge pues no se especifica qué tipo de personas jurídicas se refiere.

---

obligación tributaria principal porque realiza el hecho imponible. Por todos: MARÍN-BARNUEVO 2010: p. 876-877.

<sup>760</sup> OEEC, WP14(61)1; FC/WP14(61)2 este informe se discute en el Comité Fiscal FC/M(61)5.

<sup>761</sup> Las otras hipótesis, a) las no tratadas como unidad impositiva independiente por ninguno de los estados contratantes; y, c) aquellas tratadas como unidades impositivas independientes, pero de forma diferente a las personas jurídicas, estarían excluidas del ámbito subjetivo del art. 10. FC/WP14(61)2; vid. AVERY JONES et al. 2006: p. 222; FC/WP14(61)4. El párr. 5. AVERY JONES et al 2009: p. 11.

<sup>762</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 7. “The origin of the second part of the definition of company is explained by OEEC Working Party 14 (comprising delegates from Austria and Sweden), available online from <<http://www.taxtreatieshistory.org>>: “Thus, e.g., a partnership is frequently treated for tax purposes as a body corporate whereas this form of business undertaking has no legal personality under civil law. The term ‘company’ has been defined with a view to eliminate difficulties originating from such differences between the national tax laws and the civil law.” WP14(61)1. (References herein in similar form are on this website.) The reasons for the definition are explained in detail in the Working Party’s Second Report at FC/WP14(61)2. The report was discussed by the Fiscal Committee in FC/M(61)5 but exclusively in relation to partnerships. Examples of entities within the second part are authorized unit trusts in the United Kingdom, which are assimilated to companies for corporation tax purposes and the rights of the unit holders are expressly assimilated to shares (Sec. 468 *Income and Corporation Taxes Act* 1988 (TA 1988)), Italian consortia or trusts or all non-resident entities “with or without legal personality” (art. 73(1)(d) Italian Consolidated Tax Act), and the Dutch *fondsen voor gemene rekening* (literally translated: “funds for common (joint) account”), which are unincorporated contractual arrangements used for joint investment, participations in which are evidenced by negotiable certificates of participation. Canada has both mutual fund corporations and mutual fund trusts, the latter not being taxable in the same way as a mutual fund corporation (the rate of tax on its undistributed income is at personal rates, not corporate rates). A borderline case is the Canadian SIFT trust or partnership, the taxation of which reflects but is not identical to the corporate rate of tax; see also note 168 concerning certain trusts in Australia.” Nota al pie 7. TENORE 2010: p. 224.

Como se ha dicho, los párr. 2, 3 y 27 de los Comentarios al art. 10 permiten concluir que simplemente se exige que la entidad sea opaca y no transparente. El último de éstos Comentarios indica que la entidad distribuidora debería estar sujeta en el Estado de su sede de dirección efectiva al régimen fiscal de las sociedades anónimas<sup>763</sup>, interpretación que excede de la literalidad de las definiciones de “sociedad” y “dividendos” del Modelo, pues aunque la tercera parte del art. 10.3 se refiera al régimen fiscal de las acciones al hacer la remisión al derecho interno, la historia, según lo hemos podido comprobar atrás, buscaba simplemente incluir a aquellas entidades consideradas unidades impositivas diferentes de sus socios, para lo cual la referencia a las sociedades anónimas y a las acciones era sólo un ejemplo, como además se aprecia de la propia redacción del Comentario que entre paréntesis explica que ese tipo social es un ejemplo en Bélgica, España, Portugal y Francia. De tal forma, como se ha mantenido en este trabajo la tercera parte de la definición tiene como propósito inicial señalar que las características de la entidad que distribuye los dividendos deben ser definidas de acuerdo con la comparación con el régimen fiscal que soporten las rentas de las participaciones sociales en entidades independientes de sus miembros, como por ejemplo, las sociedades anónimas<sup>764</sup>.

Ahora bien, la siguiente cuestión es determinar la legislación a la que se remite la definición de sociedad y la de dividendos de los CDI para determinar si la entidad está sujeta a imposición. El texto del art. 10.3 del Modelo se remite claramente al de la residencia de la entidad, pero el citado párr. 27 podría generar alguna duda al referirse al Estado de la sede de dirección efectiva, aunque a nuestro juicio ello no tiene ningún

---

<sup>763</sup> El párrafo sostiene: “Las distribuciones de beneficios realizadas por sociedades de personas –*partnerships*– no tienen el carácter de dividendos, tal como se han definido, a menos que las sociedades de personas –*partnerships*– estén sujetas, en el Estado donde se encuentre su dirección efectiva, a un régimen fiscal análogo, en sustancia, al que se aplica a las sociedades anónimas [*companies limited by shares/sociétés anonymes*] (como es el caso, por ejemplo, de Bélgica, España, Portugal y también Francia para las distribuciones hechas a los socios comanditarios en las sociedades comanditarias simples). Por otra parte, pueden ser necesarias ciertas precisiones en los convenios bilaterales en el caso de que la legislación tributaria de un Estado contratante otorgue al propietario de participaciones en una sociedad el derecho a optar, bajo ciertas condiciones, por una imposición análoga a la de un socio de una sociedad de personas –*partnership*– o, inversamente, conceda al socio de una sociedad de personas –*partnership*– el derecho a elegir el gravamen como propietario de una participación en una sociedad.”

<sup>764</sup> Contrario a esta opinión HELMINEN 2010: p. 31. Quien indica que la remisión del artículo 10 corresponde a la naturaleza de la financiación y no de la entidad, pues este concepto se basa en el de “sociedad” según el art 3.1 del Modelo.

sentido<sup>765</sup>. La definición de sociedad por su parte no lo expresa claramente, aunque el párr. 3 de los Comentarios al art. 3 MCOCDE 2010 entiende que es la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido (*organised*)<sup>766</sup>. Esa misma idea se encuentra en el MCEUA pero en el propio articulado que indica: “(b) the term "company" means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes according to the laws of the state in which it is organized;” (subrayado nuestro)

La doctrina ha evidenciado la contradicción existente entre los CMOCDE en relación con la definición de sociedad y la propia definición de persona y de residencia, puesto que mientras una entidad puede ser residente solo si es una persona, no hay razón del por qué el Modelo no considera como sociedad a una entidad sujeta a impuestos sólo porque está constituida bajo la legislación de otro Estado, aún cuando eso podría implicar que no es una persona, pero en todo caso es gravada en el Estado de la residencia<sup>767</sup>. De hecho, esta contradicción parece ser admitida por la OCDE que en el Modelo de 2014 modificó el Comentario al artículo 3 para remitir al Estado de la residencia y no al de constitución<sup>768</sup>.

---

<sup>765</sup> Algunos autores no ven diferencia entre ambos Estados (HELMINEN 2010: p. 83). En principio, ello no parece tener trascendencia pues la dirección efectiva quedará en el mismo de Residencia convencional, ya que el art. 4 MCOCDE se refiere a la sede de dirección como criterio de conexión subjetiva y en caso de conflicto de doble residencia le da prevalencia. Sin embargo, puede ocurrir que la entidad si bien se encuentre dentro del criterio de conexión, no esté sujeta a imposición o sólo lo esté por sus rentas de fuente territorial, con lo cual, no será residente. Al no serlo, no podrá ser entidad distribuidora de dividendos, pues la residencia es un prerrequisito.

<sup>766</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 12 entiende que organización (*organized*) y constitución (*incorporated*) en inglés significan lo mismo. Las explicaciones técnicas y el mismo MCUSA contienen la misma palabra “*organized*” en los Comentarios al art. 3 se indica: “The term "company" is defined in subparagraph 1(b) as a body corporate or an entity treated as a body corporate for tax purposes in the state where it is organized. The definition refers to the law of the state in which an entity is organized in order to ensure that an entity that is treated as fiscally transparent in its country of residence will not get inappropriate benefits, such as the reduced withholding rate provided by subparagraph 2(b) of Article 10 (Dividends). It also ensures that the Limitation on Benefits provisions of Article 22 will be applied at the appropriate level.” La propuesta del IEF sea adecuada a la versión francesa del Modelo. En la versión inglesa la duda que se presenta es que si se hubiese querido decir “constituida” se habría utilizado la palabra “*incorporated*”, sin embargo, teniendo en cuenta que está última palabra inglesa tiene connotaciones de creación de “*companies*” y considerando que puede haber otro tipo de entidades además de las *companies*, es dable concluir que el término “*organized*” es correcto y su traducción al español ha de ser “constituído” bajo el entendido de las leyes que regulan el contrato “domicilio contractual” o “domicilio social”, según el caso.

<sup>767</sup> Cfr. AVERY JONES et al 2009: p. 12.

<sup>768</sup> “3. The term “company” means in the first place any body corporate. In addition, the term covers any other taxable unit that is treated as a body corporate for the purposes of the tax law of the Contracting State of which it is a resident ~~according to the tax laws of the Contracting State in which it is organized~~. The definition is drafted with special regard to the Article on dividends. The term “company” has a bearing only on that Article, paragraph 7 of Article 5, and Article 16”. OECD 2013: párr. 4. Finalmente aprobado en la actualización al Modelo de 15 de julio 2014. Esto ha sido valorado como clarificador por quienes han hecho

Dado que los Comentarios no tienen valor normativo y viendo la incongruencia del párr. 3 de los Comentarios al art. 3 MCOCDE de 2010, la interpretación más adecuada del Modelo y de los CDI con igual redacción es la de entender que la legislación relevante para determinar si es una entidad imponible tratada como persona jurídica es la del Estado de residencia como lo aconseja la lógica, la historia<sup>769</sup> y la interpretación sistemática con el art. 10, en especial con la tercera parte de la definición de dividendos que se refieren siempre a la entidad residente. En todo caso, en pro de la seguridad jurídica lo ideal será que los CDI expresamente remitan al Estado de residencia como lo hacen algunos tratados italianos<sup>770</sup>.

El problema estaría en aquellos convenios que expresamente remiten en el texto al Estado de constitución, pues dicha interpretación no cabría por exceder el sentido de las palabras<sup>771</sup>. En cualquier caso, incluso bajo el MCOCDE se han admitido otras interpretaciones<sup>772</sup> cuya relevancia práctica pasamos a evaluar, pues en últimas supondrían evaluar los siguientes aspectos respecto de dos legislaciones para determinar la existencia de una entidad distribuidora de dividendos:

	Estado de Residencia (ER)	Estado de Constitución (EC)
--	---------------------------	-----------------------------

---

comentarios públicos. <http://www.oecd.org/ctp/treaties/oecd-publishes-comments-on-technical-changes-proposed-for-inclusion-in-2014-update-to-oecd-model-tax-convention.htm> Esta modificación había sido sugerida por AVERY JONES et al 2009: p. 44.

<sup>769</sup> El párrafo de los Comentarios que daría importancia al Estado de constitución contradice la historia del artículo 3 MC que demuestra que la definición de “sociedad” no pretendía excluir a las entidades no constituidas o formadas en ninguno de los dos estados contratantes, siempre que las mismas fuesen consideradas “persona jurídica a efectos impositivos” o contribuyentes en el derecho interno. Por ello, no tendría sentido indicar que, por ejemplo, una sociedad constituida bajo el derecho panameño pero con su sede de dirección efectiva en Colombia, no es una “sociedad” en este último Estado a efectos del CDI con España, a pesar de que es residente. DAY 2011: aptdo. 2.3.4.

<sup>770</sup> CDI de Italia con Bélgica de 1983 “en el Estado en el cual es residente”; y con India de 1993 y Malasia de 1984 “bajo la legislación tributaria de los respectivos estados contratantes”. vid. AVERY JONES et al 2009: p. 12.

<sup>771</sup> No obstante, en aquellos que como el MCEUA el criterio de constitución sea preponderante para solucionar los casos de doble residencia, el Estado de constitución y residencia a efectos convencionales serán el mismo, de forma que el problema no se presentará.

<sup>772</sup> Así los CMOCDE anteriores a 2014. También AVERY JONES et al 2009: p. 11, 12 y 44. Aunque sugiera modificar los comentarios, admite esa interpretación. Igualmente lo hace HELMINEN 2010: p. 80 y ss.

Sociedad		Es persona jurídica <sup>773</sup> , o Es una unidad imponible independiente (art. 3.1)
Residencia	La entidad es residente (art. 4): Es persona Existe un criterio de conexión subjetivo La entidad está sujeta a imposición La entidad no resulta gravada sólo por el criterio de fuente	
“otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones”	La entidad resulta gravada de forma similar a las sociedades anónimas <sup>774</sup> (art. 10)	

Un análisis de las hipótesis que teóricamente cabrían de estas remisiones es posible concluir que si la entidad es residente en ambos estados será “sociedad” en los dos y el problema que aquí se analiza no se presentará, pues será un caso de doble residencia<sup>775</sup>. Sin embargo, es posible que la entidad se constituya en EC y no cumpla los requisitos para ser residente en ese Estado. Se ha descrito en el apartado anterior que *según los Comentarios* al MCOCDE la legislación del EC es relevante para determinar si es una “sociedad” de acuerdo con el art. 3.1. Desde un punto de vista teórico hay dos respuestas posibles: que sea sociedad o que no lo sea. Lo será si es una unidad imponible independiente de sus socios o partícipes, lo cual debe ser evaluado a partir del criterio de que bajo la legislación de ese Estado la atribución de la renta se haga a la entidad propiamente y no a los socios directamente. En ciertos convenios, e incluso bajo la interpretación más literalista del

<sup>773</sup> Recuérdese que esta tesis ha defendido que esa referencia se hace a las personas jurídicas a efectos impositivos, es decir aquellas unidades impositivas independientes de sus miembros.

<sup>774</sup> Recuérdese que esta tesis ha defendido que debe entenderse ser tratado como unidad impositiva independiente de sus socios y estar sujeto a una potencial doble imposición económica.

<sup>775</sup> HELMINEN 2010: p. 82.

MCOCDE, será sociedad sólo por ser persona jurídica o un tipo de entidad expresamente incluido en la definición.

De otra parte, la legislación del ER permite determinar si se cumple con el art. 4.1 y en consecuencia si el CDI es aplicable –ámbito subjetivo-, y las respuestas posibles teóricamente son dos: es residente o no es residente. Ello depende del criterio de conexión, de si está sujeta a imposición y si no está sometida exclusivamente por el criterio de fuente territorial. Adicionalmente, la legislación del ER es relevante para determinar si “las rentas de otras participaciones sociales [están] sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones”. Las dos respuestas posibles son: que si están sujetas al mismo régimen o que no.

Bajo lo anterior, las hipótesis posibles son las siguientes<sup>776</sup>:

1. En principio se deberían descartar los supuestos en que la entidad no es residente en ningún Estado, pues en tal caso no es necesario definir la entidad distribuidora, ya que el CDI no es aplicable.

2. Fuera del caso anterior, sólo nos queda la posibilidad de que la entidad sea residente en ER<sup>777</sup>. EC considera que la entidad no es “sociedad” porque es transparente a efectos fiscales y no es persona jurídica, pero el ER considera que esa misma entidad es residente de su jurisdicción y que por tanto que es opaca. Existiendo entonces las legislaciones del EC y del ER como relevantes para determinar la calificación de entidad distribuidora de dividendos, podrían presentarse las siguientes sub-hipótesis:

2.1. Si el socio es residente en ER el CDI no restringe al derecho interno de éste Estado, pues la renta que se obtenga a través de la sociedad se califica dentro de los artículos 7 (beneficios empresariales) o 21 (otras rentas) al no reunirse el requisito de bilateralidad incorporado en el artículo 10 (pagados por un residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante).

2.2. Si el socio es residente en EC, el CDI es aplicable y las distribuciones de beneficios serán tratadas como dividendos<sup>778</sup>. En este caso, es posible que EC

---

<sup>776</sup> Similares casos son estudiados por HELMINEN 2010: p. 82 y ss. Sin embargo, recuérdese que esta autora entiende que la que el art. 3.1.b) remite a la legislación del Estado de constitución lo cual a nuestro juicio es errado por razones expuestas atrás.

<sup>777</sup> Esta exclusión la hace también HELMINEN 2010: p. 81.

<sup>778</sup> HELMINEN 2010: p. 82.

argumente que al no existir una “sociedad” desde el punto de vista de su legislación, la renta se atribuya a los socios y por lo tanto se califiquen como beneficios empresariales u otro tipo de renta. Para HELMINEN este es el único caso en que el Tratado contiene la doble remisión, una al Estado de la fuente y otra al de la residencia, y donde se pueden presentar conflictos de calificación<sup>779</sup>.

La hipótesis estudiada obviamente generaría un conflicto de calificación en la entidad que derivaría en un conflicto de calificación de la renta, y consecuentemente la doble imposición<sup>780</sup>. Es por ello que consideramos que la interpretación debe darse de acuerdo con el objeto y finalidad de los convenios, que claramente en este caso exigirían aquella solución que no genere doble imposición. De esta forma, debería descartarse esa interpretación sesgada de que el MCOCDE distingue entre EC y ER, pues precisamente lleva a concluir que puede generarse un conflicto de calificación<sup>781</sup>. Así, el argumento según el cual el Convenio define “sociedad”, “residente” y sujeta a imposición análoga a la sociedades con una remisión a la legislación del ER, descartaría la pertinencia de la legislación del EC. Así, si este último Estado califica con base en su legislación a la entidad como transparente estaría aplicando erróneamente el Tratado, pues la ficción de la existencia de una entidad distribuidora de dividendos se ha creado a eso efectos<sup>782</sup>.

3. EC considera que la entidad es una “sociedad” porque es persona jurídica, a pesar de ser transparente y no ser residente en su territorio, pero ER considera que la entidad:

---

<sup>779</sup> El caso presenta similitudes con el Modelo II de híbridos inversos presentado por RUSSO que envuelve otros factores que exceden el propósito de éste trabajo. RUSSO (Ed.) 2007: p. 244 y 255. El modelo planteado en este libro supone que una Matriz residente en el Estado A obtiene un préstamo con un banco para adquirir una participación en una entidad híbrida inversa en el Estado B. Es decir, para el Estado A dicha entidad será opaca, mientras que para el Estado B será transparente. Bajo esa base, la entidad híbrida concede un préstamo a una subsidiaria en el Estado C. Como resultado de la operación, la subsidiaria pueden deducir los intereses pagados a la entidad híbrida, quien no será sometida a imposición en el Estado B por ser considerada transparente, no tener ni un EP ni una actividad sustancial suficiente para resultar conectada dicha legislación. Para el Estado A la renta será diferida hasta que haya distribución de utilidades. En palabras de los autores citados: “This involves using a hybrid entity as a low-tax finance company, where the country of the hybrid (country B): -treats the hybrid as transparent, and – it does not tax the members, on the basis either that the member does not have a permanent establishment or that the lending activity is not sufficiently substantial to create a taxable presence therein. This may be the case, for example, in the United Kingdom, if the lending activity is not enough to be regarded as a “trade” or in the United States, if it is not enough to be a “trade or business.”” p. 244.

<sup>780</sup> HELMINEN 2010: p. 88-89.

<sup>781</sup> HELMINEN 2010: p. 84. Es curioso que autora en la página 87 expone precisamente que a pesar la clasificación inconsistente que pueda darse cuando el EC ve a la entidad como transparente y el ER como opaca, el primer Estado debe calificar la renta como dividendos y aplicar el régimen tributario acorde porque el ER ha aplicado correctamente el Tratado y de tal forma la calificación resulta vinculante para EC. Cita al respecto a AVERY JONES et al 1996: p. 119 y 127 y 128, así como el párr. 68 al art. 23 MCOCDE: Al final este argumento no dista mucho del que se sostiene en esta tesis. Afirma la autora que “la mejor solución sería que el tratamiento en el Estado de residencia de una entidad sea decisivo con respecto a un dividendo.” HELMINEN 2010: p. 88-89.

<sup>782</sup> Recuérdese que los conflictos de calificación se resuelven indicando que legislación resulta aplicable y no diciendo cual Estado califica la renta de forma vinculante para el otro, pues esto último no se deriva de ningún precepto del CDI. vid. CASTRO 2012.

3.1. No es residente en ER: En este supuesto, que equivale al número 1 de ésta lista, en principio la entidad no es residente en ningún Estado contratante y no es necesario determinar si hay entidad distribuidora de dividendos ya que el CDI no es aplicable.

3.2. Es residente en ER.

3.2.1. Si el socio es residente en ER: independientemente de que la definición de persona jurídica deba ser determinada conforme a la legislación de EC, el artículo 10 del CDI no será aplicable, pues se trata de dos residentes en ER, abriendo paso a calificar de conformidad con los artículos 7 o 21, tal como se expuso en la hipótesis 2.1. De tal forma el problema resulta ser irrelevante.

3.2.2. Si el socio es residente en EC: el CDI entre EC y ER es aplicable, la entidad para el ER es considerada una “sociedad” según su legislación y, por tanto, la renta derivada será calificada como dividendo a efectos de aplicar la retención en la fuente. Así, si el EC puede gravar la renta de los socios residentes pero debe conceder el método para la eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos en el CDI, so pena de aplicar erróneamente el CDI, pues la calificación del término “sociedad” y entidad distribuidora de dividendos viene definido por la legislación del Estado de residencia, de forma que si EC aplica su legislación interna, estaría aplicando el Tratado erróneamente.

Estas hipótesis permiten concluir que el problema de la doble remisión al EC y ER genera conflictos en la calificación de la entidad distribuidora de dividendos por lo cual, resulta deseable que la remisión se haga únicamente al ER. Como se ha argumentado en este trabajo, cuando existe EC y ER la única legislación relevante para calificar si se trata de una “sociedad” que califica como entidad distribuidora de dividendos es la del ER. Esta es una interpretación coherente con el sentido gramatical del Modelo y el propósito de eliminar la doble imposición en el marco de su texto.

#### **1.4. CONFLICTOS DE ATRIBUCIÓN Y LA FICCIÓN DE LOS DIVIDENDOS**

Los CDI no contienen reglas de atribución, de forma que las normas internas de esa naturaleza no resultan inaplicadas por los tratados, tal como reconoció tempranamente el WP14 en su Tercer Informe<sup>783</sup>. De hecho, autorizada doctrina contemporánea afirma la

---

<sup>783</sup> “There could have been inserted some explanatory notes as to that matter within the Commentary. It seems doubtful, however, that such explanatory notes within a mere Commentary could really dispose of a matter of such importance. The decision as to which of the taxation rights would have to be given priority, where one of the Contracting States claims a taxation right, because the income has accrued to a body of persons which is to be considered a “company” resident in its territory, whereas the other Contracting State claims the same taxation rights, because the income is deemed to be accrued to the individual partner, resident in its territory,



misma idea, pues considera que la atribución de la renta es un asunto distinto al de la determinación de los sujetos que tienen derecho a los beneficios del CDI, puesto que el art. 4 MC parece conformarse con que formalmente la persona tenga derecho a recibir la renta<sup>784</sup>. Además, aquellas frases que denotan una conexión del tipo de renta con la persona como “pagados por” y “pagados... a”<sup>785</sup> no se definen en el Tratado y su contexto podría no ser unívoco, de manera que la legislación de los Estados contratantes pueden definirlos por vía de la aplicación del art. 3.2 MCOCDE. De esta forma, los conflictos de atribución pueden surgir gracias a las importantes diferencias en las normas internas, en especial por aquellas que establecen los criterios para clasificar a las entidades, aunque también se demostró que pueden ser causados por otras normas internas que re-atribuyan las rentas, desconozcan a las entidades distribuidoras de dividendos<sup>786</sup>, o como lo dice FIBBE, que definan de forma diferente el ámbito del objeto imponible comprendido bajo el hecho generador<sup>787</sup>. Dicho esto ha de tenerse en cuenta que los conflictos de atribución causan muchos problemas que no se estudian en esta tesis, ya que en este apartado se analiza únicamente cómo los criterios de atribución pueden causar conflictos de calificación de las rentas recibidas por los partícipes y cuándo los mismos pueden ser resueltos de acuerdo con una interpretación sistemática de las distintas normas que definen las características de la entidad distribuidora de dividendos y la ficción de los dividendos. Cómo se ha dicho, de la lectura conjunta de los art. 3.1, 4 y 10 del Modelo es posible establecer una regla de atribución implícita al nivel del Tratado según la cual un Estado contratante debe respetar la calificación como dividendos a efectos convencionales de los rendimientos que sus

---

could only be made by itemising the special forms of partnerships, where under the taxation laws of the Member countries such divergences could arise and by settling each individual case by special rule. In reality no such rule seems to be necessary at all. An individual which decides to participate in a partnership, which is treated as a body corporate in a certain State, did initially not mind the fact that the so-received corporate income will be liable to tax twice, on the one hand as income of the body corporate and, when distributed, as income of the shareholder. It does not seem necessary to avoid such double taxing which is purposely levied by one of the Contracting States by international agreements for the sole reason that other Contracting States do not take the same view in the treatment of like income.” (sic) (subrayado fuera de texto) FC/WP14(62)1: párr. 11. FC/WP14(62)1: párr. 11. DAY 2011: Apto 2.3.4. Nótese en todo caso que se analizan únicamente los casos de híbridos donde el conflicto supone doble imposición y con ello, donde puede haber un interés de no perder recaudación, pero no estudia los híbridos inversos en los que podría haber doble exención.

<sup>784</sup> WHEELER 2007: p. 56-57; DANON 2004: p. 347-351

<sup>785</sup> WHEELER 2011: p. 255-256.

<sup>786</sup> Por ejemplo, los Comentarios sostienen que la redefinición del contribuyente hecha por normas internas anti-abuso no se afecta por los CDI. párr. 22.1 al art. 1 MCOCDE.

<sup>787</sup> Con acierto DANIELS afirma que lo relevante no es la clasificación de la entidad a efectos del CDI sino la atribución de la renta. DANIELS 1991: p. 153. En la misma línea FIBBE 2009: p. 198.

residentes obtengan a través de una entidad considerada una persona, residente, sociedad y entidad distribuidora de dividendos del otro Estado contratante<sup>788</sup>.

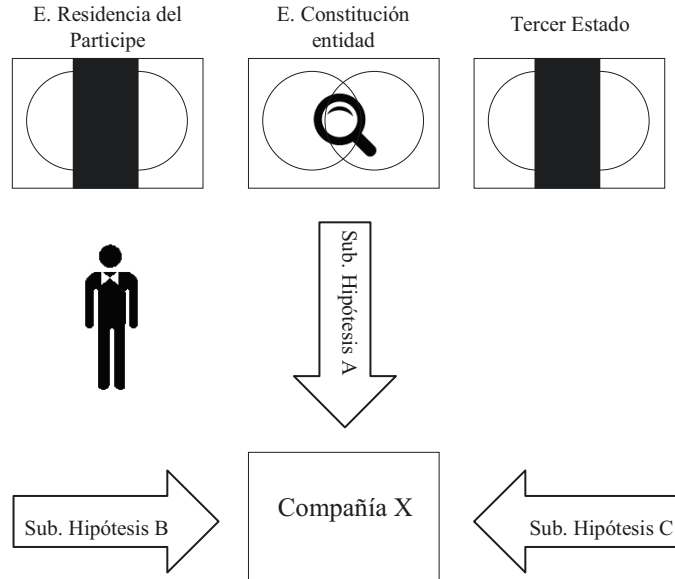
#### 1.4.1. AUSENCIA DE FICCIÓN DE LOS DIVIDENDOS

Es evidente que el MCOCDE carece de una norma de atribución y que las legislaciones internas resulten irrestrictas en ese ámbito, por más que se haya defendido la existencia del principio de buena fe como un límite convencional<sup>789</sup>. Sin embargo, los CMOCDE derivados del Informe de *Partnerships* de 1999 incorporaron los principios ya mencionados según los cuales el Estado de la fuente debe tener en cuenta, como parte del contexto fáctico dentro del cual el Tratado es aplicado, la forma en que un elemento de renta producida en su jurisdicción es tratado en el Estado donde es residente la persona que reclama los beneficios del Convenio por reunir tal condición. (párr. 6.3 art. 1) De esto se infiere que: a) si la entidad no es residente en el otro Estado, serán los partícipes quienes puedan pedir la aplicación del Tratado en el Estado en que son residentes; y, b) el Estado de la fuente sólo tendrá que limitar su poder de imposición si el elemento de renta se atribuye a la entidad residente en el otro Estado o a sus partícipes residente en ese otro Estado. Bajo esos principios, inicialmente pensados para determinar el ámbito de aplicación de los CDI, cabe evaluar la siguiente hipótesis: la renta se atribuye a los socios en el Estado de constitución de la entidad, mientras que el Estado de residencia de los partícipes considera que la renta se atribuye a la entidad. En este caso, el Estado de constitución considerará que la renta tiene su fuente original y no la ficta en las participaciones sociales. Ello podrá tener tres sub-hipótesis, que la renta tenga origen/fuente en: a) el mismo Estado de constitución; b) en el Estado de residencia de los partícipes, o; c) en un tercer Estado.

---

<sup>788</sup> La idea de que el Estado de residencia de los socios debe respetar la calificación como opaca de entidad distribuidora de dividendos dada por el Estado de residencia de la entidad distribuidora fue propuesta por TENORE 2010: p. 224.

<sup>789</sup> Comenta FIBBE que en los Países Bajos los tribunales, sin bien reconocen que en principio los estados contratantes son libres de fijar las reglas de atribución de una renta a una persona a efectos del Tratado, incluso si eso puede causar un conflicto de atribución entre los Estados, parecen aceptar que el principio de buena fe contenido en la CVDT podría requerirles que se desvíen de la atribución dispuesta por la legislación interna a efectos de aplicar el Tratado. FIBBE 2009: p. 203-211. El autor cita el siguiente párrafo de la Corte Suprema de Amsterdam: "...the national legislator could independently, autonomously from the other Contracting State, determine who should be included under "the person that receives". Contracting States could not have intended with Article 2, paragraph 2 [equivalente al 3.2 MCOCDE], of the Convention to respect all domestic fictions. The intention and the wording of Article 4 and 14 of the Convention require differently..."



En las sub-hipótesis b) y c) el Estado de constitución de la entidad no gravaría a la entidad, al tiempo que la renta no se realizaría en el Estado de residencia de los partícipes hasta la distribución. En estos casos, la regla general de los CMOUDE sugiere que el CDI entre el Estado de constitución y el de la fuente no resulte aplicable<sup>790</sup>, de forma que no sería necesario calificar la renta a efectos convencionales. Sin embargo, si la entidad fuese residente a efectos de los CDI por su expresa inclusión, o si la interpretación de la OCDE no se aceptase, sería necesario calificar el rendimiento, lo cual llevaría a que en el caso b) el Estado de residencia de los partícipes aplique la calificación de la renta original y si esta fuera la de regalías o beneficios empresariales sin EP, tendría que limitar su poder de imposición. Luego podría gravar a los partícipes residentes, pero en principio hasta la distribución. En relación con el método para eliminar la doble imposición previsto por el Convenio, dicho Estado no tendrá que garantizar el consagrado para los dividendos, puesto que no se ha creado la ficción de la entidad distribuidora.

<sup>790</sup> Ello, puesto que la renta no está sujeta a imposición en cabeza de la entidad en el Estado de constitución. Sin embargo, estas situaciones pueden dar lugar a doble imposición no resuelta por el CDI en la medida en que la renta subyacente se gravará en el Estado de la fuente sin limitaciones convencionales, y en el Estado de residencia de los partícipes cuando haya distribución, sin que se otorgue a estos últimos el derecho a acreditar el impuesto pagado por la entidad. Esa es la conclusión explícita del ejemplo 7 del Informe de *Partnerships*, aunque ha merecido fundadas críticas de parte de LANG por considerar que el CAF entiende que existe una cláusula de sujeción efectiva en el CDI y se desestima la importancia de las reglas de atribución del Estado de la fuente, las cuales podrían dar a entender que la entidad está “sujeta imposición” en el Estado de constitución y en consecuencia aplicar el Tratado para reducir la imposición en la fuente LANG 2000: p. 59-63.

Ahora bien, en la sub-hipótesis a), sustancialmente idéntica al ejemplo 6 del Informe de *Partnerships* el Estado de la fuente/de constitución de la entidad podrá gravar ilimitadamente, limitadamente o restringirse de gravar, según la calificación de la renta que derive del CDI. Por su parte el Estado de residencia de los partícipes considerarán la renta diferida en la entidad, de manera que si la fuente la ha gravado, podría argumentarse que el crédito no debe concederse por no haber un ingreso correlativo. Nótese que en este caso el impuesto pagado en la fuente es satisfecho por los partícipes, de manera que, en principio, podría ser aceptado como el crédito fiscal por el Estado de residencia de éstos. Sin embargo, el crédito máximo que el Estado de la residencia aplicaría será el admitido para los dividendos (5% o 15% en el MCOCDE) en tanto que ve a la entidad como opaca, de manera que si la imposición en la fuente lo superase habrá doble imposición cuya coherencia con el Modelo no resulta incuestionable, pues tendría una naturaleza jurídica y no económica. Si el Estado de la fuente considerara que el CDI limita su poder de imposición sobre la renta al entender que la renta es obtenida por un residente del otro Estado contratante y el Tratado excluye su poder de gravar, podrá darse una no imposición temporal, ya que la residencia entendería diferida la renta hasta la distribución.

Los principios generales del Informe de *Partnerships* en torno a las reglas de atribución sugerirían en el anterior supuesto que el Estado de la fuente analice si la renta está sujeta a imposición en cabeza de un residente del otro Estado contratante. La OCDE ha afirmado que en la medida en que los socios no están sujetos a imposición hasta la distribución el Estado de constitución de la entidad y fuente de la renta no debería restringir su derecho de imposición a lo dispuesto en el Tratado, porque además los partícipes no son beneficiarios efectivos de la renta, pues lo sería la entidad que no es residente en ninguno de los dos estados, y porque se deben denegar los derechos del Tratado por la supuesta mala fe o abuso. Los argumentos de la organización internacional carecen de fundamento como acertó tempranamente LANG porque en este caso los partícipes si están sujetos a imposición, sólo que el Estado de la residencia ha decidido ejercer su derecho de imposición sólo hasta la distribución<sup>791</sup> y porque es cuanto menos discutible que pueda

---

<sup>791</sup> Entre otras razones que no es del caso comentar en este punto: vid. LANG 2000: p. 59-61.

haber abuso o mala fe cuando pueden haber casos de doble imposición jurídica. A nuestro juicio, la solución al conflicto parte de la base de entender que no concurren los presupuestos de la ficción de la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a efectos del CDI, puesto que si bien la legislación del Estado de la fuente/Estado de constitución permite calificar la renta como un beneficio empresarial con o sin EP, un interés, una regalía, etc.; la legislación del Estado de residencia de los partícipes no podría suponer que la entidad es opaca a *efectos del Tratado*, de manera que no procedería aplicar el crédito fiscal a los socios bajo el régimen de los dividendos, sino bajo la calificación realizada de conformidad con el texto internacional por el Estado de la fuente (art. 23 MCOCDE). Sin embargo, diversas interpretaciones son admitidas por la doctrina, como la propuesta por LANG & STARINGER, según la cual existe una “sociedad” a efectos del CDI, en la medida en que la entidad es considerada como unidad impositiva en el menos un Estado y que por lo tanto el método para eliminar la doble imposición que debe conceder el Estado de residencia de los partícipes es el de los dividendos<sup>792</sup>. A nuestro juicio esta interpretación es difícil de ajustar en el tenor literal de las definiciones de sociedad y dividendos, puesto que, como se ha dicho, ambas remiten al Estado de la residencia de la entidad, que en este caso no es ninguno de los Estados contratantes.

Con base en lo señalado, cabe analizar el caso del régimen de transparencia francés que denota nuevas aristas del problema anteriormente descrito. Para Francia, las *partnerships* (concepto que puede incluir un amplio grupo de asociaciones como las agrupaciones de interés económico las Sociedades Civiles Inmobiliarias -*sociétés civiles immobilières-SCI*- por ejemplo) son consideradas personas jurídicas a efectos fiscales, de manera que poseen los activos a su nombre, cumplen con obligaciones de información, son residentes a efectos de los CDI, agregan los ingresos, costos y gastos, aunque el resultado (pérdidas o ganancias) es atribuido a los socios que son quienes pagan el impuesto sobre la renta. Cómo se aprecia, son personas jurídicas con un régimen de transparencia que en cierta medida envuelve una paradoja, pues los beneficios son calculados y gravados en cabeza de los accionistas, aunque la entidad en sí misma está “sujeta a imposición” y es residente a

---

<sup>792</sup> LANG & STARINGER 2014: p. 49-52. Aunque esa sea la solución que defiendan, el *General Report* destaca otras.

efectos de la aplicación del CDI. Esto ha supuesto que para la jurisprudencia el rendimiento no sea visto como un flujo que corre transparente por la entidad hacia el partícipe no residente, sino que por el contrario se considere gravable en Francia sin limitación de los CDI, pues los socios no tienen derecho a los beneficios del Tratado ya que la entidad es una persona jurídica que obtiene la renta<sup>793</sup>. En los términos que hemos usado en ésta tesis, Francia admite la ficción de que los beneficios de la *partnership* no mantienen su misma fuente y naturaleza cuando se atribuyen a los socios.

Ante este régimen de transparencia francés, las autoridades belgas, respaldadas inicialmente por los tribunales, consideraron que tales distribuciones recibidas por socios belgas en SCI francesas son dividendos, y no se aplica restricción alguna derivada del CDI entre Francia y Bélgica, el art. 10 permite al Estado de la residencia gravar los rendimientos de tal naturaleza, según parece entenderse de los argumentos<sup>794</sup>. Esta sentencia se ha criticado porque llevaría a la ilógica conclusión de que la SCI francesa es residente en Bélgica en la medida en que es la entidad la que realiza la distribución y no los socios belgas. Además, en cualquier caso, la SCI no está sujeta a imposición en Francia y por lo tanto no puede ser residente a efectos del Tratado y, en esa medida, no realiza una distribución en los términos del art. 10<sup>795</sup>.

El supuesto de la SCI se asimila a los híbridos inversos en su resultado, pues la atribución de la renta a los socios viene definida por la legislación francesa, aunque considera como residente a la entidad. Contrario a lo que opinan los comentaristas recién citados, no parece

---

<sup>793</sup> La jurisprudencia del *Conseil d'Etat* ha sido clara en afirmar esto en reiterada jurisprudencia. vid. Francia, *Conseil d'Etat*, Sentencia del 11 de julio de 2011, caso 317024, *Société Quality Invest vs. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industries*. En la misma línea, Francia, *Conseil d'Etat*, Sentencia del 4 de abril de 1997, caso 29531, *Kingroup vs. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industries*. Disponibles en: *Tax Research Platform*, IBFD. Obviamente, hay excepciones como el CDI entre Francia y Estados Unidos que admite la plena transparencia. vid. COUSTEL & COUDIN 1997: p. 463 y ss.

<sup>794</sup> Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia del 4 de junio de 1974, JDF, 1975, p. 83; Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia del 7 de noviembre de 2002, FJF2003/128.

<sup>795</sup> Una crítica similar en DE BROE & DE LA SERNA 2005: p. 15 et seq. vid. AVERY JONES et al 2009: p. 8. Se argumentó por la doctrina que esta renta debería ser calificada como inmobiliaria según el art. 6 y por tanto ser atribuida a Francia como Estado de la fuente. En esa medida al presentarse un conflicto de calificación, la misma debería ser exenta por Bélgica ya que los párr. 32.1 y ss. al art. 23 del MOCDE así lo sugerían. Corte Suprema, Sentencia de 2 de diciembre de 2004, FJD, 2005/179; En la misma línea la Corte de Apelaciones de Lieja mediante Sentencia de 17 de febrero de 2010 y la Corte de Primera Instancia de Bruselas de 20 de noviembre de 2009. vid. BRONSELAER 2012: p. 383-466. vid. AVERY JONES et al 2009: p. 8.

que el juzgador considere que la sociedad es residente en Bélgica, sino que simplemente califican la renta desde el punto de vista del Estado de residencia del partícipe, encontrando que son dividendos que pueden ser gravados en Bélgica sin limitación, sin perjuicio de que se tenga teóricamente un derecho a aplicar el método para eliminar la doble imposición. Es decir, la Corte da un claro ejemplo de que la residencia también califica la renta y la atribuye. Lo que parece ocurrir es que los fundamentos para ese resultado calificadorio son errados y confunden la aplicación del CDI, con el ámbito subjetivo del art. 10 y la definición de dividendos. En ese sentido, es de aclarar que si bien la renta es pagada por una sociedad residente en Francia –la SCI, según las normas internas de atribución francesas- incluso suponiéndose que cumple con el art. 4 MC<sup>796</sup> y, por lo tanto, con el ámbito subjetivo del CDI y del art. 10.1, lo cierto es que no existe una entidad distribuidora de dividendos en los términos de la definición del art. 10.3 MCOCDE.

Varias razones permiten llegar a esa conclusión. De un lado, el art. 10.3 requiere que la entidad que distribuye los dividendos sea una “sociedad” y pague las rentas por la condición de socio o partícipe en la misma. De esta forma, debe explicarse que no hay un conflicto de calificación de la entidad, pues el juzgador no cuestiona que la entidad sea transparente y residente en Francia. En cualquier caso, el art. 10.3 ha sido redactado consagrando una remisión a la legislación del Estado de la residencia de la entidad que le permite a ésta definir cuando la fuente de la renta son las participaciones sociales. Si dicho Estado considera cómo residente a una entidad que se constituye en su Estado, pero decide no gravar sus beneficios sino mantener la naturaleza que tienen de los elementos de renta cuando son obtenidos e imponer el tributo sobre los socios, los rendimientos no derivan de la participación en una unidad impositiva independiente de los socios, pues no ha habido ficción. De tal forma, no siendo dividendos conforme con el artículo 10 se calificaría de acuerdo con su naturaleza original. En el caso de las SCI francesas el rendimiento se

---

<sup>796</sup> vid. nota 793. La práctica convencional francesa así lo ratifica como se resume en la reserva al Informe de *Partnerships* de 1999: “Even when the partnership is established in a State which applies a fiscally transparent approach, the fact that the partnership is a legal person precludes the view that income simply “flows through” this entity to the partners. Since a partnership constitutes a separate legal entity, it cannot be ignored for tax purposes.” Ello se puso de presente en el caso *Diebold Courtage SA*. Conseil d’Etat, octubre 13 de 1999, No. 191191, RJF 12/99, No. 1492. No obstante, desde el 2007 Francia permite cierta transparencia de rentas pasivas obtenidas por partícipes en *partnerships* no residentes tratadas como transparentes. vid. Bulletin Officiel des Impôts, Direction Générale des Impôts, 4 H-5-07, No. 47 de 29 de marzo. Comentando este régimen francés FIBBE 2009: p. 226-229.

enmarcará seguramente en el art. 6 porque ese tipo societario tiene como actividad principal los negocios inmobiliarios. A esa misma conclusión, pero por distintas vías argumentales, han llegado los autores y la Corte Suprema Belga<sup>797</sup>.

Cuando Francia es el Estado de la fuente del rendimiento y de residencia de la entidad transparente la operación será netamente interna y no procederán las limitaciones convencionales. Sin embargo, para el Estado contratante de residencia los partícipes en entidades transparentes residentes en Francia habrá rentas que mantienen su calificación y que se atribuyen directamente a tales sujetos, pero habrá que concederles el método de eliminación de la doble imposición que corresponda con la naturaleza del ingreso según lo previsto en los CDI. Obviamente, esto puede resultar en que el Estado de residencia de los partícipes no conceda el método por considerar que Francia ha aplicado erróneamente el CDI y ha superado la imposición limitada prevista para los dividendos. Sin embargo, el país galo no incumpliría sus obligaciones internacionales, puesto que los Convenios de forma expresa o tácita aceptan el sistema francés al permitir que las entidades transparentes sean residentes a efectos convencionales. De todas formas, podría argumentarse también que, al admitirse como residentes a efectos de un CDI a las *partnerships* bajo el régimen de transparencia francesa, se exceptúa la exigencia derivada de las definiciones de dividendos y sociedad del MCOUDE según la cual no puede haber ficción de dividendos si los beneficios no son atribuidos a la entidad. Bajo esta idea el Estado de residencia de los partícipes solo deberían garantizar el método previsto para los dividendos cuando pretenda gravar las distribuciones, caso en el cual se daría una doble imposición jurídica no resuelta. Esta última posibilidad parece tener menos fuerza argumental que la primera. En definitiva, los regímenes híbridos de transparencia existentes en los estados deben ser evaluados con sumo detalle en la negociación de los CDI para aclarar estos supuestos donde los conflictos en la atribución de una renta pueden llevar a conflictos en la calificación del rendimiento en sede del Estado de residencia de los partícipes.

#### **1.4.2. LA FICCIÓN Y LAS EXCEPCIONES DEL INFORME DE PARTNERSHIP**

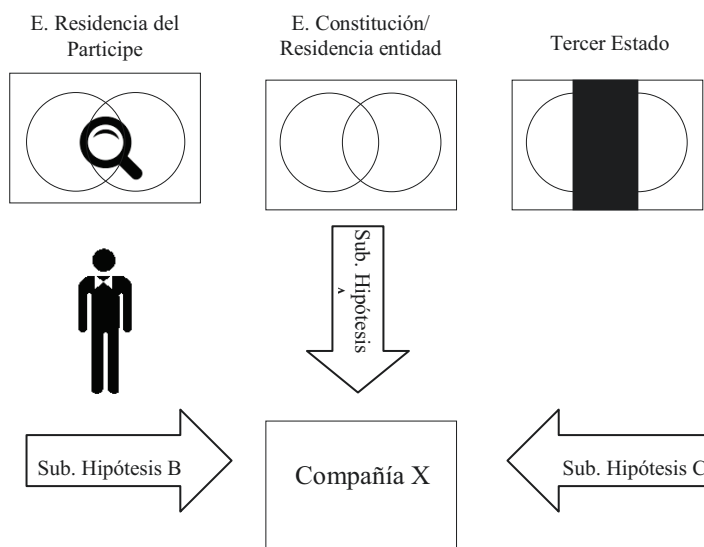
---

<sup>797</sup> Bélgica, Cour de Cassation, Hof van Cassatie (Corte Suprema), Case number F030006F, 2 December 2004. IBFD Case Law [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)



Los CMOCDE y el Informe de *Partnerships* contienen dos excepciones que demuestran que la regla de seguir la calificación de la entidad que resulte de la legislación del Estado de residencia no lleva a resultados satisfactorios cuando existen al menos dos estados de residencia: el de la entidad y el de los partícipes. Para la OCDE la regla general sólo aplica cuando la entidad es vista como transparente en el Estado de constitución y es considerada sujeta a imposición en otro Estado. Por ello, cuando la entidad es vista como sujeta a imposición en el Estado de constitución y por el contrario, el Estado de residencia de los partícipes la considera como transparente, surgen las excepciones y problemas analizados en los ejemplos 16 a 18 del Informe de *Partnerships*<sup>798</sup>.

La hipótesis que se expone en este apartado consiste en que el Estado de constitución/residencia de una entidad le atribuye las rentas a dicha entidad, mientras que el Estado de residencia de los partícipes considera que la renta se atribuye a éstos últimos. En consecuencia el primer Estado considera que ha habido lugar a la ficción de que la renta de los socios deriva de las participaciones sociales, mientras que el segundo considera que estos sujetos obtienen directamente los rendimientos subyacentes manteniendo su naturaleza original. Al igual que en el apartado anterior, pueden haber tres sub-hipótesis según la renta tenga origen/fuente en: a) el mismo Estado de constitución/residencia de la entidad; b) en el Estado de residencia de los partícipes, o; c) en un tercer Estado.



<sup>798</sup> vid. OECD 1999: párr. 124-139; FIBBE 2009: p. 212

A efectos prácticos, el Estado de constitución/residencia sólo aceptará limitar su derecho al régimen que resulte del art. 10 MC lo que no comprometerá su derecho a gravar a la entidad residente en su territorio por sus beneficios, de manera que le dará igual donde tenga la fuente la renta subyacente. Por su parte, el Estado de residencia de los partícipes podría no aplicar el método para eliminar la doble imposición por varias razones:

- a) si considerara aplicable los artículos 7, 12 o 21 del Modelo, entendería que puede gravarlo de forma exclusiva sin conceder la medida bilateral;
- b) por otra parte, si el CDI adoptase el artículo 23 B MCOCDE el problema estará en que podría argumentar que debe haber identidad entre quien paga el impuesto en el Estado de constitución y a quien se concede el crédito fiscal. De tal forma, sólo admitiría cómo crédito los impuestos en la fuente sobre los dividendos y no al que recae sobre los beneficios de la entidad. En el caso de las normas de tributación compartida con límites al Estado de la fuente, la discusión también podría estar en el porcentaje máximo de impuesto que podría aplicarse en la fuente;
- c) podría ocurrir un conflicto de temporalidad en cuanto que el Estado de residencia gravará cuando se distribuyan los beneficios, hecho que tendrá lugar al menos un año después de cuando grave el Estado de la fuente de los dividendos. Así, la residencia aplicaría el crédito hasta cuando los dividendos sean renta imponible, es decir, cuando la doble imposición jurídica se materialice, y a pesar de que desde el primer año exista doble imposición económica al gravarse los mismos beneficios en cabeza de dos sujetos distintos.

Como resultado de lo anterior, es muy probable que se dé una doble imposición internacional, en parte jurídica y en parte económica, cuya eliminación al nivel del CDI no está exenta de dudas. El Informe de *Partnerships* de 1999 pone de presente que en estos casos no se aplican las reglas generales. En el ejemplo 16 se estudia un supuesto en que P es una *partnership* establecida en el Estado P. El partícipe B es un residente del Estado R mientras que el partícipe A es residente del Estado P. El Estado P trata a la *partnership* como una unidad impositiva mientras que el Estado R la trata como una entidad transparente. P obtiene regalías del Estado R que no son atribuibles a un EP en el Estado R. P tiene una oficina en el Estado P y puede, en consecuencia, considerarse que tiene un EP en el Estado P<sup>799</sup>.

---

<sup>799</sup> OECD 1999: párr. 124. El caso *Padmore I* ya mencionado en esta Tesis es semejante al problema estudiado por el WP14 que se reflejan en su tercer informe, así como también en el ejemplo 16 del Informe de *Partnerships* del año 1999 que se comenta en el texto principal. En estos dos últimos documentos se reconoce que sería discutible bajo un CDI si el Estado de la fuente puede o no gravar las rentas obtenidas por residentes de ese mismo Estado a través de una *partnership* residente en el otro Estado contratante que es vista como

El párrafo 126 del Informe reconoce que, para algunos delegados, el Estado de residencia del partícipe estaría limitado por el Tratado para gravar su participación en las regalías, a menos que aplicara normas de transparencia fiscal internacional o que el CDI incluya una norma que expresamente permita gravar a sus residentes. No obstante, para la mayoría de los delegados no puede ser admitido que un Estado no pueda gravar una renta de fuente interna obtenida por sus residentes. Sobre esta base, interpretan que el artículo 12 MC no afecta la imposición del Estado de la residencia sino únicamente a la de la fuente (párr. 127). De esta última argumentación se deriva el Comentario 6.1 al art. 1 MCOCDE. Además, el párr. 129 del Informe indica que el Estado de residencia de B ha de otorgarle a este sujeto los beneficios del art. 23 MC, pues la imposición del Estado de la residencia de la entidad ha sido de acuerdo con el Convenio. En ese punto remite a la solución de los conflictos de calificación de rentas.

Cómo se observa, existe un cambio total de criterio y se da prevalencia a la calificación dada por el Estado de la fuente de los dividendos i.e. el Estado de residencia de la entidad. LANG luego de criticar el cambio de criterio, sugiere una alternativa de interpretación que vendría a significar que el Estado R gravará ilimitadamente a la parte de B y declarará exenta la parte de A<sup>800</sup>. No obstante la opinión del citado Profesor, debe admitirse que el

---

transparente por el primer Estado. En ambos informes se propone incluir una norma que aclare la potestad de gravar la renta del Estado de residencia del socio, pero concediendo un crédito por los impuestos pagados en el Estado de residencia de la *partnership*. Por el contrario, en el caso *Padmore I* se concluye que el Estado de residencia del partícipe no podría gravarlo, aunque como hemos visto ello se debe a las especialidades del ámbito subjetivo del CDI, lo que ha llevado a que en el Reino Unido, así como en otros Estados, se excluya del término “persona” todas las *partnerships* o al menos aquellas que no son consideradas una entidad fiscal diferente de sus socios. FC/WP14(62)1: párr. 6-9; OECD 1999: párr. 124-129; párr. 6.1 de los Comentarios al art. 1 del MCOCDE; BAKER 2000: no. 1B.15 y ss.

<sup>800</sup> “De acuerdo con el Estado R -el de la fuente de las regalías- las rentas de las regalías son atribuidas a A y B. Como B es residente del Estado R, B puede pedir los beneficios de los CDI concluidos por el Estado R. No obstante, el artículo 12 del MCOCDE no es aplicable a B como quiera que las regalías no proceden del otro Estado contratante. En consecuencia, el artículo 7 MCOCDE parece ser aplicable. Sin embargo, el artículo 10 MCOCDE es aplicable ya que el Estado P la trata como una entidad gravable. Este precepto prevalece sobre el artículo 7 MCOCDE. De acuerdo con el Artículo 10 MCOCDE el Estado R puede gravar la renta. Como resultado, en cuanto respecta a la parte de B la tributación en la fuente de las regalías está cubierta por el tratado, como lo está toda la renta de la *partnership* incluyendo las regalías que pueden ser gravadas en R. En cuanto a la participación de A, las regalías se atribuyen a A hasta un punto, de acuerdo con la legislación del Estado R. Cómo A es residente del Estado P, el artículo 12 MCOCDE es aplicable. El artículo 12 MCOCDE prevalece sobre el artículo 7 MCOCDE. En consecuencia, el artículo 10 MCOCDE no es aplicable tampoco: aunque la *partnership* es residente de un Estado, el Estado P, es residente del mismo Estado del cual A es residente. Como la aplicación del artículo 10 MCOCDE requiere que la entidad sea residente del otro Estado,

resultado propuesto por los CMOCDE y el Informe parece razonable, pues en primer lugar protege el poder de imposición del Estado de residencia de la entidad que se extiende no sólo a los dividendos sino también a los beneficios de la misma. En particular, el párr. 69.1 al art. 23 MCOCDE indica que:

“El Estado de la fuente puede, a reserva de las disposiciones aplicables del Convenio, gravar la sociedad a reserva de las disposiciones aplicables del Convenio, gravar la sociedad de personas –partnership– por su renta cuando esta última se genera y, a reserva de los límites previstos en el apartado 2 del artículo 10, gravar también los beneficios distribuidos por la sociedad de personas –partnership– a sus socios no residentes. El Estado de residencia solo grava la parte de la renta efectivamente obtenida por la sociedad que le corresponde al socio.”

Se destaca del Comentario que es el Estado de la fuente de los dividendos y de residencia de la entidad quien impone la ficción de que el ingreso deriva de las participaciones sociales. Tanto la tesis de LANG como la de la OCDE coinciden en que ha de respetarse la atribución de la renta hecha por tal Estado a efectos de no limitar su derecho de imposición sobre los beneficios, y de limitar en los términos del artículo 10 su gravamen sobre los dividendos. Contrariar esa idea supondría desgarrar el funcionamiento mismo del CDI, pues si un Estado puede simplemente desdecir la existencia de una unidad impositiva independiente en un Estado-que es residente a efectos del Tratado y distribuidora de dividendos conforme al art. 10- la regla de beneficios empresariales se iría por la borda y con ella todo el reparto del poder tributario.

En cuanto a la doble imposición el ejemplo 17 del Informe de *Partnerships* permite ahondar en esta esfera del problema y aclarar si se trata de la doble imposición de tipo económico no resuelta por el CDI. En este caso P es una *partnership* establecida en el Estado P. A y B son partícipes de P que residen en el Estado R. El Estado P trata a P como entidad gravable mientras que el Estado R la trata como transparente. P obtiene regalías del Estado P que no son atribuibles un EP en ese Estado. El párrafo 131 del Informe indica que la mayoría de los delegados entiende que se trata de una situación meramente interna en el Estado P y que por lo tanto el CDI no limitará su poder de imposición sobre las regalías, de

---

las condiciones para la aplicación del artículo 10 no se cumplen, en cuanto respecta a la parte de A.” LANG 2000: p. 92.

forma será posible una doble imposición no resuelta. Esto supone entonces otra excepción a la regla general del Informe. Para una minoría de los delegados la regla general debe ser la solución, pues el Estado P debería evitar una potencial doble imposición limitando su poder de imposición de acuerdo con el art. 12, esto es, manteniendo la fuente original de la renta. Esta última opción implicaría desgarrar la lógica de los CDI y desconocer que una vez existe una entidad distribuidora de dividendos a efectos del Tratado se declara ficta la renta que reciben los propietarios de las participaciones sociales en la misma y borra su calificación original. Por ello, la no aceptación por parte de la OCDE de esa tesis minoritaria, da soporte a nuestra hipótesis de que la ficción existe cuando el Estado de residencia de la entidad la considera opaca. Aunque LANG llegue a resultados similares a los que proponemos en este punto, su argumentación puede generar problemas, pues justifica que la solución estaría en considerar a la *partnership* como un EP a efectos del CDI, cuando ello puede no ocurrir en la práctica y llevar a discusiones sobre si las regalías son o no atribuibles al EP, a pesar de que a efectos interno hagan parte de la renta global de la entidad P<sup>801</sup>. Sin embargo, si coincidimos con el profesor austriaco en que en “esta situación, la doble imposición no puede ser evitada: el Estado P grava la renta de la *partnership* incluyendo las regalías al nivel de la *partnership* En consecuencia, el Estado R no está obligado a conceder el crédito por el impuesto de P en contra del impuesto personal de los partícipes A y B.”<sup>802</sup>

Cómo se aprecia, el caso implica doble imposición económica, y no aquella de tipo jurídico que el Tratado no tiene como objeto atenuar, salvo contadas excepciones. El Estado R gravará las regalías obtenidas por A y B. El Estado P gravará ilimitadamente a las regalías

---

<sup>801</sup> Otra forma de llegar a un resultado similar es la argumentación de LANG que de nuevo propone que la solución alternativa al Informe de Partnerships respecto del ejemplo 17, partiendo de entender que A y B tienen derecho a la aplicación del Tratado, de manera que al calificar la renta se verá que el art. 12 MCOCDE es aplicable, pero según su párrafo 3, se estaría en un caso de regalías vinculadas efectivamente a un EP, si la *partnership* lo constituye. Así el artículo 7 sería aplicable, aunque considerando que la entidad es tratada como unidad impositiva en el otro Estado el art. 7 cedería ante el 10 del MCOCDE, de forma que el Estado P podrá gravar los beneficios P, la entidad residente, de forma ilimitada, incluyendo las regalías. A nuestro juicio esta tesis puede presentar problemas cuando las regalías no se consideren atribuibles en el sentido del art. 7 del MCOCDE al EP que conforma la *partnership*, a pesar de que según el derecho interno si se le atribuya como renta global percibida por la entidad. Gracias a esta dificultad, y a la que supondría no considerar a la *partnership* como un EP –que puede llegar a ser discutible- proponemos la solución de la ficción de la entidad distribuidora y los dividendos.

<sup>802</sup> LANG 2000: p. 92.

y de forma limitada cuando haya distribución (art. 10 MCOCDE). Sin embargo, en la medida en que el Estado P ha calificado la renta como dividendos utilizando su legislación interna que define las reglas de atribución, el primer Estado tendrá que aceptar la calificación hecha debiendo concederle el crédito fiscal previsto en el CDI, según se deriva del mandato del art. 23 del MCOCDE, pero sobre el gravamen efectuado por el Estado P respecto de los dividendos. Por ello resulta cuestionable desde el punto de vista de la hermenéutica del CDI y de la política fiscal que el párr. 69.2 de los Comentarios al art. 23 MCOCDE<sup>803</sup> prevea un “crédito indirecto” –como lo llama LANG<sup>804</sup>–, al permitirle a A y B un crédito por los impuestos pagados por la entidad P en el Estado P, aunque no sobre los impuestos sobre los dividendos<sup>805</sup>.

La distinción entre los impuestos sobre los dividendos y sobre los beneficios que trata de hacer los CMOCDE tiene origen en el ejemplo 18 analizado por el Informe de 1999 que reconoce que las *partnerships* pueden dar lugar a conflictos de temporalidad y de atribución de la renta. En este caso una entidad constituida en el Estado P es considerada residente en ese mismo Estado, que además es el Estado de la fuente de las rentas. Los dos socios de la entidad son A y B, residentes en el Estado R, en donde se considera a la entidad transparente. En el año 1 se obtienen beneficios empresariales por 1 millón de unidades. En

---

<sup>803</sup> Textualmente indica: “La primera cuestión que se plantea en este caso es saber si el Estado de residencia que grava al socio sobre su participación en la renta de la sociedad de personas –partnership– está obligado, en virtud del Convenio, a conceder un crédito fiscal en concepto del impuesto pagado en el Estado de la fuente por la sociedad de personas –partnership–, considerada por dicho Estado una entidad sometida a imposición separada. La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. En la medida que el Estado de residencia atribuya la renta de la sociedad de personas –partnership– al socio con el fin de gravar a este último, dicho Estado debe adoptar un enfoque coherente e imputar al socio el impuesto pagado por esta sociedad con el fin de eliminar la doble imposición que se origina con la tributación del socio. En otras palabras, si el estatus de entidad societaria (asociación con personalidad independiente de sus socios) concedido a la sociedad de personas –partnership– por el Estado de la fuente es ignorado por el Estado de residencia a efectos de que el socio tribute por su parte de renta, debería asimismo ignorarse a efectos de crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero.”

<sup>804</sup> LANG 2000: p. 98.

<sup>805</sup> párr. 69.3 de los Comentarios al art. 23 al MCOCDE. Textualmente: “Una segunda cuestión planteada en este caso es la medida en que el Estado de residencia debe conceder un crédito en concepto de impuesto recaudado en el país de la fuente sobre el beneficio distribuido, no sometido a imposición en el Estado de residencia. La respuesta a esta pregunta se deriva de este último hecho. Como el beneficio distribuido no se grava en el Estado de residencia, simplemente no existe imposición en dicho Estado a la que se pudiera imputar el tributo recaudado por el Estado de la fuente sobre el beneficio distribuido. Se ha de distinguir claramente entre la generación de beneficios y la distribución de estos y no debería esperarse que el Estado de residencia imputara el impuesto establecido por el Estado de la fuente sobre los beneficios distribuidos a su propio impuesto percibido al generarse estos (véase la primera frase del párrafo 64 de los Comentarios al mismo artículo).”

el año 2 se distribuyen beneficios a A por valor de 300.000 unidades. Para el Estado P el sujeto pasivo de los beneficios empresariales es la entidad, y de la distribución de beneficios A, lo cual implica aspectos materiales, cuantitativos y temporales distintos. Para los beneficios empresariales, el aspecto temporal se da en el año 1 y se cuantifica por todos los beneficios, mientras que en el segundo caso, el impuesto se causa en el año 2 y se cuantifica con los beneficios distribuidos a A únicamente. Por el contrario, el Estado R entiende que la entidad es transparente por lo cual la renta tributa directamente en cabeza de los socios, de ahí que el poder de gravar se manifieste sobre todos los beneficios empresariales atribuidos a sus residentes y no sobre la distribución. Así, la renta de A sería 500.000 unidades en el año 1 y la distribución no tendría efectos tributarios.

El primer problema que se observa ocurre con la elección del método, pues recuérdese que el Estado R considera que los beneficios mantienen su naturaleza original (por ejemplo, beneficios empresariales con EP) de forma que gravará la renta en el año 1 y concederá el método aplicable a la naturaleza de la renta original. Por ello si el CDI prevé la exención puede concederla aplicando el art. 23A MCOCDE. En dicho caso la OCDE entiende que el Estado R deberá garantizar la exención por toda la renta en el año 1 y no le estaría permitido argumentar que los beneficios se pueden gravar cuando son obtenidos, basado en que “el art. 10 debería permitirle gravar cuando se distribuyan<sup>806</sup>.” Lo mismo ocurriría si el CDI concede un crédito fiscal, pues debería garantizarse en el año 1 por los impuestos pagados por P<sup>807</sup>. En relación con la diferencia entre la identidad de quien paga el impuesto en el Estado P y quien solicita el crédito en el Estado R, la mayoría de los representantes del CAF, como ya se expuso, entienden que si el Estado R trata como transparente a la entidad debe ser coherente y reconocer como crédito fiscal de los socios el impuesto pagado por la entidad. Aunque no se diga expresamente se podría entender que el crédito se otorgaría hasta el límite que corresponda a la renta calificada por el Estado R. En ambos casos, el crédito fiscal de la distribución de dividendos (*art. 23.2 A y 23.1 B MCOCDE*) sería teóricamente aplicable<sup>808</sup>, aunque considerando que el Estado R sólo grava los

---

<sup>806</sup> OECD 1999: párr. 137

<sup>807</sup> OECD 1999: párr. 136

<sup>808</sup> OECD 1999: párr. 135

beneficios y no distribución propiamente, el crédito sobre los dividendos no procedería pues no hay impuesto contra el cual aplicarlo<sup>809</sup>.

LANG por su parte sugiere que el art. 10 MCOCDE al hablar de “rentas de... participaciones sociales” permitiría al Estado P calificar todos los beneficios de la *partnership* como dividendos, pues la entidad es considerada opaca en su Estado. A pesar de que también podrían ser calificadas como beneficios empresariales según el art. 7 MCOCDE, el artículo 10 del MCOCDE tiene primacía, de manera que el Estado R tiene el derecho a gravar la renta y es su decisión hacerlo en el momento en que se genera o en que se distribuye la misma<sup>810</sup>. Respecto de la distribución de la renta, el Estado P la gravará de forma limitada según el art. 10 MCOCDE, y el Estado de la residencia tendrá que garantizar el crédito fiscal, así sea en un periodo posterior al que el Estado R considera causado el ingreso, so pena de incumplir las obligaciones del Tratado. En cuanto a al gravamen de los beneficios, LANG critica, como ya se anticipó, que el Informe de Partnerships de la OCDE otorgue beneficios que no se prevén para las sociedades de capital, pues permite un crédito indirecto que no existe en el art. 10 MCOCDE, ya que si el Estado R grava los beneficios y el Estado P los beneficios y los dividendos, el primero debería garantizar sólo el crédito fiscal por los dividendos. Si ambos estados reconocen que la entidad es opaca el crédito indirecto no procedería si no es previsto expresamente por el CDI o la legislación interna<sup>811</sup>.

En nuestra opinión la conclusión de LANG es correcta, puesto que el Estado de la fuente de los dividendos, que en el ejemplo es el Estado P, considera a la entidad como una unidad impositiva independiente que es residente a efectos del art. 4, “sociedad” y en relación con los artículos 3.1 y 10.1, así como entidad distribuidora de dividendos de acuerdo con el artículo 10.3 MCOCDE. De ésta última norma se deriva que el Estado P ha disparado una ficción de que las rentas proceden de “participaciones sociales” y que pierden su naturaleza original a efectos del CDI. En la medida en que el Estado de residencia grava la renta tendrá que calificarla y se encontrará con la citada ficción. No obstante, bajo su calificación

---

<sup>809</sup> OECD 1999: párr. 137

<sup>810</sup> LANG 2000: p. 97

<sup>811</sup> LANG 2000: p. 98



de la palabra “rendimientos/rentas” prevista en el artículo 10 MCOCDE podrá gravarla en el año 1. Sin embargo, solo podrá conceder el régimen de eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos. Así, en el MCOCDE otorgará un crédito por el gravamen de los dividendos impuesto por el Estado P. Si bien, este último se dará en un periodo posterior, las obligaciones convencionales supondrían que R reabra los periodos de liquidación y acepte el crédito fiscal en el año 2 o en el que se haga la efectiva distribución<sup>812</sup>.

En conclusión, aunque haya una ausencia de normas de atribución en los CDI y en consecuencia haga falta la piedra angular de los mismos<sup>813</sup>, debe admitirse que bajo el MCOCDE hay una regla de atribución implícita en el artículo 10.3 MCOCDE, limitada a solucionar los conflictos de calificación que de ahí derivan, y que implica que cuando un Estado considera como residente a una entidad y la misma es una unidad impositiva independiente de sus miembros, la renta que obtienen estos últimos deriva de las participaciones sociales y no de su fuente original. La renta atribuida a una sociedad residente de un Estado contratante no podrá ser atribuida por el otro Estado contratante a sus socios bajo una calificación distinta a la de dividendos. En consecuencia, si bien dicho Estado podrá gravar a sus residentes calificando las palabras “rendimientos/rentas” y “pagados” del artículo 10 MCOCDE, a efectos de aplicar el artículo 23, la renta es un dividendo. Lo dicho se predica de situaciones bilaterales pues el concepto de entidad distribuidora contenido en los tratados tiene esa misma naturaleza.

### 1.4.3. NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

---

<sup>812</sup> “State R has to credit the withholding tax levied in State P. It is evident that the timing mismatch could cause practical problems. However, the tax treaty obligations force State R to reopen the assessment and credit State P’s withholding tax.” LANG 2000: p. 97.

<sup>813</sup> WHEELER 2011: p. 279-281. Se ha sugerido que los tratados incluyan una disposición que “se concentre en la relación entre la renta y la persona que pide los beneficios [del CDI]”<sup>813</sup>. Esto “puede resolver otro problema, que el concepto “persona” no es completamente adecuado en los tratados actuales. Los *trustees* son sin duda personas, pero su relación con la renta que reciben en su capacidad como *trustees* es muy diferente de cómo ellos se relacionan con la renta que ellos reciben en su capacidad privada. Una aplicación sensible de los tratados requiere una distinción entre dos capacidades, aunque ningún texto de un Tratado actual provea una base para hacerlo. Si, de una parte, los beneficios del Tratado dependen de la relación entre la renta y la persona, a diferencia que de la persona, el problema podría ser resuelto.” WHEELER 2007: p. 58. Esa nueva regla ha sido llamada por WHEELER como el *new approach*. (WHEELER 2011: p. 279-281.) Varios tratados incorporan normas que permiten atribuir la renta a un sujeto, tal como se mencionó al comentar el ámbito de aplicación subjetivo del CDI.

Las normas de transparencia fiscal, llamadas de forma más restrictiva en inglés como *Controlled Foreign Corporation -CFC-* tienen como efecto atribuir la renta de la entidad no residente a los partícipes, evitando así el diferimiento causante de problemas de neutralidad y arbitraje<sup>814</sup>. Lo más común en el derecho comparado es que la transparencia se aplique como un régimen excepcional, de carácter antielusivo, para las rentas pasivas – *transactional approach-*, rentas corruptas (*tainted income*) de entidades controladas (*base companies*<sup>815</sup>) – *entity approach-*, y/o rentas de entidades sujetas a regímenes fiscales de nula o baja imposición – *jurisdictional approach-*<sup>816</sup>. En ese sentido, tales normativas suponen que se grave a un socio residente en un Estado por las rentas de la sociedad residente en el otro Estado, lo que hace necesario evaluar el alcance de la ficción de los dividendos que se ha defendido en este trabajo existe en el artículo 10 del MCOCDE. A tal efecto, debe reconocerse que el grado de complejidad del problema depende del tipo de transparencia que se aplique, pues cuando se declara como “renta” ficta la distribución de utilidades – *fictive distribution approach-*<sup>817</sup>, para los CDI se tratará de rentas de participaciones sociales y se respeta así la independencia fiscal de la entidad; mientras que

---

<sup>814</sup> Un análisis de la historia y el derecho comparado en la doctrina española: ALMUDÍ 2005: 29-106. Son una invención norteamericana de los años treinta del siglo pasado y consolidadas en el *subpart F* en 1962, presente en muchas legislaciones actualmente con distintas finalidades. Las finalidades se alinean con el modelo de imposición de renta mundial o de renta territorial, pues mientras que para Estados Unidos las CFC son una piedra angular de su sistema de imposición de renta global, para Estados como Alemania, sólo resultan relevantes para garantizar la imposición de las rentas pasivas, ya que las rentas activas de fuente extranjera resultan exentas. Es interesante que el Informe de IFA 2013 reconoce otras finalidades, tales como la protección de la imposición en la fuente, especialmente en las normas de CFC del Reino Unido, controlar los flujos de capital en Corea del Sur. DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 19 y 29; párr. 23 art. 1 MCOCDE. Sobre el uso de estas normas en relación con regímenes de baja imposición vid. OECD 1987b: párr. 24. En relación con la finalidad de la neutralidad tan solo legislaciones como la brasileña contienen un ámbito tan amplio que permita acercarse a ese objetivo tan general. GOMES 2013: p. 172 y ss. El Tribunal Supremo Federal de Brasil declaró inexecutable la amplia norma de CFC brasileña, la que no podrá aplicarse sobre compañías extranjeras asociadas, ubicadas en países que no son considerados paraísos fiscales. Existen dos casos posteriores a esta sentencia: Extraordinary Appeal 611,586 lodged by *Coamo Agroindustrial Cooperativa*: en línea con la sentencia del Supremo considera que las normas de CFC se aplican a una empresa controlada de una entidad residente en Aruba, país considerado como paraíso fiscal. Extraordinary Appeal 541,090 in the case of *Embraco (Empresa Brasileira de Compressores)*: En este caso era una entidad controlada pero era residente en un país no considerado un paraíso fiscal. La corte federal consideró que hay lugar a la aplicación de las normas de CFC. Sin embargo, hubo salvamentos de voto. vid. *Tax Research Platform* con los comentarios: Brasil, Supremo Tribunal Federal, 10 de abril de 2013. DAU 2,588. Disponible en *Tax Research Platform* [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>815</sup> OECD 1987b: párr. 13 y ss.

<sup>816</sup> AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 13 y ss.; DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 29 y ss.;

<sup>817</sup> Estas aproximaciones son descritas en: OECD 1987b: párr. 24; AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 13 y ss.; HELMINEN 2010: p. 129; DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 29 y ss.;

si se desconoce la personalidad jurídico-tributaria de una entidad no residente y se atribuyen así las rentas o beneficios de la entidad al socio o accionista, en principio se mantendría su naturaleza original y su fuente –*look-through approach*-. En otras palabras, en éste último caso no se atiende a la ficción de que las rentas derivan de participaciones sociales<sup>818</sup>.

Partiendo de la base de que, en principio, las normas de transparencia son compatibles con los CDI, pero deben limitarse al reparto de la potestad impositiva previsto<sup>819</sup>, el verdadero problema al que nos enfrentamos es el de la calificación de las rentas atribuidas a los socios, en especial en los regímenes de *look-through approach*, pues es posible que las mismas se califiquen como beneficios empresariales (art. 7 MCOCDE), dividendos (art. 10 MCOCDE) u otras rentas (art. 21 MCOCDE) y de acuerdo con esas reglas habría que eliminar la doble imposición. Lo anterior, en tanto que las normas de transparencia deben

---

<sup>818</sup> Sobre la naturaleza jurídica de los regímenes vid. FALCÓN Y TELLA 1997: p. 256; ALMUNÍ 2005: p. 145-150; FALCÓN Y TELLA 1997: p. 256.

<sup>819</sup> El MCOCDE nombra a las normas de CFC desde las modificaciones a los Comentarios de 1992, donde fueron incluidos argumentos a favor (párr. 22 art. 1 MCOCDE 1992) y en contra (párr. 23 art. 1 MCOCDE) de la compatibilidad. En el año 2003 se indica en los Comentarios que tales regímenes son compatibles con los CDI, y se reducen las contradicciones. Apoyando la interpretación dinámica: ALMUNÍ 2010: p. 1110. En contra: ZORNOZA& BÁEZ 2013: p. 700. A favor de la inaplicación de los CDI frente a las normas de transparencia: la Corte Suprema Administrativa Sueca en el caso RÅ 2008 ref. 28. Citado por DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 43; indicando que constituyen un *treaty override* y que la norma de transparencia en todo caso prevalece (Corte Suprema Administrativa Sueca (*Regeringsrätten*) SE: SAC, 5 de abril de 2008, X AB v. Swedish Tax Agency 12 ITLR 311. Disponible en *Tax Research Platform* IBFD, Case Law. [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Además, la práctica de Canadá y Estados Unidos señala que los tratados no se aplican a rentas de CFC. DE BROE et al 2011: p. 378-379). Un buen número de CDI Españoles aceptan expresamente las normas transparencia fiscal internacional y sus efectos han de revisarse de conformidad con la redacción específica en cada caso. España-Argentina 2013; España-Alemania 2008; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Indonesia 2000; España-Jamaica 2009; España-Luxemburgo 1987; España-Moldavia 2009; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Singapur 2012; España-Trinidad y Tobago 2009; Colombia-México 2013. El CDI España-Australia 1992 contiene una regla particular en el art. 10.4 del siguiente tenor: “4. En el caso de España, el apartado 2 de este artículo no será aplicable a las rentas que, con arreglo a las disposiciones de la legislación fiscal española, relativa a las sociedades en régimen de transparencia fiscal, sean imputables a los accionistas de dichas sociedades, se distribuyan o no a los mismos. Dichas rentas pueden someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna en tanto no estén sometidas al Impuesto sobre Sociedades español; El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del art. 10 no será aplicable, pero agrega que “no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas.” Así mismo los CDI de España con Bulgaria, China de 1992, Filipinas de 1992, India de 1995 indican que en “el caso de España, el apartado 2 del artículo 10 (equivalente al MCOCDE) no se aplicará a la renta imputable, distribuida o no, a los accionistas de las Sociedades y Entidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto dicha renta no esté sometida al Impuesto sobre Sociedades español. Dicha renta puede someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna.”

equilibrar sus objetivos antielusorios con la seguridad jurídica y la atenuación de la doble imposición pactada en los CDI, como bien reconoce el MCONU<sup>820</sup>.

Existen argumentos que sostienen que las rentas atribuidas a la controlante califican como beneficios empresariales y que, por lo tanto, el Estado de residencia del socio no podría gravarlos sin vulnerar el art. 7 del MCOCDE. En ese sentido, en el caso *Scheneider* conocido por el *Conseil d'Etat* francés en Sentencia de 28 de junio de 2002 se señaló que el efecto de las normas de transparencia fiscal internacional bajo el derecho interno francés implican que el impuesto se cuantifica en las manos de un sujeto residente en Francia, pero sobre la base de los beneficios obtenidos por la entidad controlada suiza. Es decir, que los beneficios de una empresa de un Estado contratante –la sociedad suiza- se gravan en el otro Estado contratante –Francia-, sin que haya un EP en este último Estado, vulnerando así el artículo 7 MCOCDE. Una posición similar se puede extraer de la tesis de ALMUDÍ quien entiende que el art. 7.1 MCOCDE es una “*complete distributive rule*” de carácter objetivo, de forma que los “CDI no disponen de la persona o la entidad sobre la que ha de reposar la tributación, sino que limitan la potestad tributaria de los Estados atendiendo exclusivamente a la naturaleza de las rentas definidas en el propio convenio.”<sup>821</sup> En la misma línea WASSERMEYER entiende que cuando la renta atribuida al socio se calcula al nivel de la CFC, la renta debe entenderse que pertenece a la entidad no residente, de forma que el artículo 7 resultaría contrario, pues garantiza la tributación exclusiva de la entidad

---

<sup>820</sup> Se podría argumentar que las normas de transparencia fiscal internacional sólo caben en el marco del MCOCDE si tienen un carácter antielusivo pues como bien lo recuerda el párr. 26 de los Comentarios al art. 1 MCOCDE. Así mismo el párr. 22.2 al mismo artículo del MCOCDE indica que “Aun cuando estas reglas no son contrarias a los convenios fiscales, se está de acuerdo en que los países miembros deben cumplir rigurosamente las obligaciones establecidas en los convenios fiscales con la finalidad de eliminar la doble imposición mientras no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios.” No obstante estos Comentarios, no es fácil determinar qué es fraude fiscal a nivel internacional. Por ello, parece razonable exigir a nivel convencional la seguridad jurídica y, sobre todo, la eliminación de la doble imposición causada por las normas de transparencia fiscal internacional, en los términos pactados por en cada Tratado. En esa línea el MCONU 2011 promueve un equilibrio entre la prevención del abuso fiscal y la seguridad jurídica de los contribuyentes, indicando que “los estados no podrán escapar de sus obligaciones convencionales simplemente argumentando que operaciones legítimas son abusivas y que el normas internas fiscales que afectan esas transacciones en formas que son contrarias a los preceptos del Convenio constituyen normas anti-abuso.” párr. 24, art. 1, MCONU.

<sup>821</sup> ALMUNÍ 2010: p. 1109.

controlada en su Estado de residencia y prohíbe en consecuencia la tributación del accionista<sup>822</sup>.

En nuestra opinión el artículo 10 crea una ficción a efectos de la aplicación de las obligaciones convencionales para los dos estados contratantes consistente en que la renta que perciben los socios de una sociedad controlada no son beneficios empresariales sino dividendos, pues deriva de participaciones sociales en una entidad distribuidora de dividendos. Esta es su única fuente de renta a efectos convencionales y una interpretación en contrario sería un desconocimiento del artículo 10.3 MCOCDE. De ahí que los sistemas de *look-through approach* resulten claramente limitados en los convenios y, que los de dividendos ficticios resulten ser más coherentes con la lógica convencional. En esa línea resulta cuestionable que la sentencia del *Conseil D'Etat* francés en el caso *Schneider* rechazara expresamente los argumentos de *Commissaire du Gouvernement* en torno a que la norma de transparencia fiscal se basaba en una ficción de distribución de dividendos<sup>823</sup>. Como bien lo dice LANG, el art. 7.1 MCOCDE no implica que a efectos de atribuir los beneficios de una sociedad sólo sea relevante la que haga un Estado<sup>824</sup>. De esta forma:

“Los CDI están, por lo tanto, basados en el derecho interno respecto de la decisión de la atribución, y estos prevén las consecuencias legales para los sujetos de la atribución de los estados contratantes cuando la entidad en cuestión tiene la conexión requerida con uno de los dos estados contratantes. Si de acuerdo con el derecho interno de los estados contratantes la renta es atribuida a diferentes entidades, los tratados tributarios no toman una decisión sobre cuál atribución es “correcta” a efectos del tratado, pero aceptan las varias atribuciones decididas en los dos estados contratantes y se refieren a estas.”<sup>825</sup>

Así, el CDI “protegerá a las personas a quienes la renta le resulta atribuida en el nivel nacional, incluso si la atribución por sí misma es discutible desde un punto de vista legal o constitucional.”<sup>826</sup> De esta forma, las normas de transparencia fiscal internacional son compatibles con los CDI y no afectan a la entidad distribuidora de dividendos, sino al socio

---

<sup>822</sup> WASSERMEYER en DEBATIN/WASSERMEYER, Doppelbesteuerungsabkommen, art. 1 OECD-MC, marg. Note 76 seq.; idem, Pref. to art. 6-22 OECD-MC marg. Note 15. Citado por RUST 2004: p. 265.

<sup>823</sup> Un comentario sobre estos argumentos en DE BROE 2011: p. 378.

<sup>824</sup> LANG 2003: p. 53-55.

<sup>825</sup> LANG 2003: p. 54.

<sup>826</sup> LANG 2003: p. 54

o propietario de la participación tal como lo ha puesto de presente el MCOCDE<sup>827</sup>. Según lo afirma LANG, el *Conseil d'Etat* debió pensar que la atribución de la renta es un asunto regido por el Tratado o que la atribución hecha por un Estado vincula al otro. Sin embargo, ello no resulta correcto pues, como lo dice éste autor, la palabra “rendimiento/renta” o el monto de ésta vienen definidos por el derecho interno de los Estados contratantes y por lo tanto no tiene un significado convencional estricto o que restrinja que sea real o que no pueda ser ficticia. Tampoco hay una limitante para el legislador en torno a quién puede ser contribuyente, ya que el CDI se aplica a quienes sean personas residentes de los estados contratantes, lo cual se determina de acuerdo con el derecho interno.

La OCDE y la jurisprudencia finlandesa<sup>828</sup> han argumentado que las normas de transparencia fiscal internacional “son parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria; dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales y por lo tanto no se ven afectadas por ellos. Así pues, como norma general y habida cuenta el párrafo 9.5 no habrá un conflicto.”<sup>829</sup> Esta afirmación, resultaría cierta si se entiende que aplica para calificar el término “renta/rendimientos” utilizado por el artículo 10 MCOCDE y que no es definido por los CDI, de manera que el Estado de residencia al interpretar el art. 10.1 podrá calificarlo de acuerdo con su legislación interna, dentro de la cual estará el presupuesto de hecho complementario de la transparencia fiscal internacional que atribuirá la renta de la entidad controlada al sujeto residente. Sin embargo, no podría inferirse de la misma que todo el Tratado deje de aplicar, pues luego de saber que es un rendimiento habrá que calificarlo, y en esa línea la atribución a los socios de los beneficios se debe enmarcar como

---

<sup>827</sup> El párr. 14 al art. 7 MCOCDE indica: “El objeto del apartado 1 es limitar el derecho de un Estado contratante a gravar los beneficios empresariales de empresas del otro Estado contratante. El apartado no limita el derecho de un Estado contratante a gravar a sus propios residentes en virtud de su legislación nacional relativa a la transparencia fiscal internacional –CFC–, incluso si el impuesto exigido a sus residentes puede calcularse sobre la parte de los beneficios de una empresa residente del otro Estado contratante, atribuible a la participación de dichos residentes en esa empresa. El impuesto así aplicado por un Estado a sus propios residentes no reduce los beneficios de la empresa del otro Estado y, por lo tanto, no podrá decirse que se ha exigido sobre esos beneficios (véanse también el párrafo 23 de los Comentarios al artículo 1 y los párrafos 37 a 39 de los Comentarios al artículo 10)”. No comparten esta posición Bélgica, Irlanda, Países Bajos, Suiza no están de acuerdo con esto según los párr. 27.4 27.5, 27.7, 27.9 al art. 1 MCOCDE.

<sup>828</sup> Finlandia, Corte Suprema Administrativa (*Korkein hallinto-oikeus*), sentencia de 20 de marzo de 2002, caso *Oyj Abp 4*, ITRL 2002, 1009, disponible en *Tax Research Platform* [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>829</sup> párr. 22.1 art. 1 MCOCDE

dividendo a efectos convencionales, por derivar de participaciones sociales mencionadas en el artículo 10.3 MCOCDE<sup>830</sup>. De tal forma, el Estado de la residencia debe aplicar las limitaciones convencionales que proceden del régimen de los dividendos, fundamentalmente, eliminar la doble imposición en la forma prevista en el Tratado.

Afirma LANG que los CDI no contienen un mandato genérico de eliminación de la doble imposición y que sólo se evitará aquella que esté dentro del ámbito de aplicación del Tratado. Sobre ese postulado, la doble imposición que generan las CFC sería de naturaleza económica y excede del ámbito del Tratado<sup>831</sup>. Esta misma idea fue utilizada por la Corte Suprema japonesa al entender que el artículo 7 del Tratado entre Singapur y Japón busca eliminar la doble imposición jurídica de los beneficios de una sociedad de Singapur en Japón, lo que no impide gravar a los socios residentes japoneses<sup>832</sup>. No obstante se pueda estar de acuerdo con la idea general del reconocido profesor austriaco, debe recordarse que el artículo de dividendos fue redactado con el objeto de atenuar la doble imposición económica que se da entre matrices y filiales, y prueba de ello se encuentra en la reducción por participación sustancial del apartado segundo.

En esta medida, la doble imposición económica causada por la aplicación de la transparencia fiscal internacional se debe eliminar de la misma forma en que eliminaría la de una *partnership* en los términos estudiados en el apartado anterior, esto es, concediendo un crédito fiscal por los impuestos que recaigan sobre los dividendos independientemente de que se imputen en un periodo posterior. No procedería bajo el MCOCDE un crédito por los impuestos de la sociedad controlada, a menos que se acepten los Comentarios del

---

<sup>830</sup> Las rentas atribuidas al propietario de una sociedad controlada no residente en virtud de la norma de transparencia fiscal internacional, son dividendos de acuerdo con el art. 10 MCOCDE en cuanto que son “rentas de las acciones” en una “sociedad” del otro Estado contratante. El término “sociedad” definido por el art. 3.1.b) supone que el Estado que aplique la norma de transparencia fiscal internacional respete a efectos convencionales la consideración de “sociedad” que resulte de aplicación de la normativa del otro Estado contratante. Así, la renta debe ser calificada como dividendos. LANG entiende que las rentas atribuidas al socio en virtud de las normas de transparencia fiscal internacional tiene el “mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución”, pues no ha habido deducibilidad de las distribuciones en cabeza de la entidad distribuidora. Así, bien sea aplicando la primera o la tercera parte de la definición del art. 10.3 MCOCDE, son dividendos las rentas atribuidas al socio de una entidad extranjera controlada en virtud de las normas de transparencia fiscal. LANG 2003: p. 56.

<sup>831</sup> LANG 2003: p. 51-58. Ese argumento es expuesto por el *Comissaire du Gouvernement* en el citado caso.

<sup>832</sup> Japón, Corte Suprema, 23 de octubre de 2009, *Glaxo Kabushiki Kaisha* 12 ITRL 644. Citado por DE BROE 2011: p. 378.

informe de *partnerships* que en este caso parecen tener más sentido que para los conflictos de calificación de entidades, pues respecto de la normas de transparencia fiscal (CFC) el Estado de residencia no se aprovecharía de gravar situaciones donde no hay abuso, pues si hubiera imposición en el otro Estado deberá conceder el crédito por los impuestos pagados por la entidad controlada y sólo si no hay podrá sujetar a imposición sin conceder ningún crédito<sup>833</sup>. En cualquier caso, como se observa, si el abuso que se pretende contrarrestar consiste en el uso de jurisdicciones de baja imposición, parecería contradictorio que no se aceptara el crédito fiscal cuando haya imposición efectiva en el Estado de residencia de la entidad controlada. Ahora bien, si los CDI prevén un régimen de exención para los dividendos o un crédito subyacente, deberá garantizarse su aplicación, pues a efectos convencionales los beneficios de una entidad no residente en un Estado atribuidos al socio residente en el otro Estado en virtud de normas de transparencia se califica como un dividendo. Esto puede implicar la práctica irrelevancia de las normas de transparencia cuando los tratados prevean una exención para los dividendos<sup>834</sup>.

---

<sup>833</sup> Sobre esta discusión argumentando la necesidad de conceder el crédito para eliminar la doble imposición económica vid. AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 37 y ss. RUST argumenta que la razón en el fondo del crédito indirecto es que el Estado de residencia del socio R no deba tomar ventaja sobre el hecho de que el Estado P grava a la *partnership* en vez de gravar a los socios y que por lo tanto el crédito indirecto del que hablan los comentarios al art. 23 MCOCDE y el Informe de *Partnerships* se debería otorgar, aunque lo cierto es que el Estado de residencia de la entidad controlada probablemente no grave a la entidad y por lo tanto no haya un impuesto para acreditar. RUST 2004: p. 270 Sin embargo, parece contrario a lo anterior el párr. 39 de los Comentarios al art. 10 indica que: “Cuando la sociedad controlada distribuye efectivamente dividendos, las disposiciones de un convenio tributario relativas a los dividendos han de aplicarse normalmente ya que se trata de rentas que tienen el carácter de dividendos en el sentido del convenio. El país de la sociedad controlada puede, en consecuencia, someter el dividendo a una retención en la fuente. El país de residencia del accionista aplicará los métodos normales para evitar la doble imposición (otorgando un crédito fiscal o una exención). Esto supone que el impuesto retenido en la fuente sobre el dividendo debería imputarse en el país de residencia del accionista aun cuando los beneficios distribuidos (los dividendos) se hayan gravado años atrás en aplicación de la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– o de otras reglas con efectos similares. Sin embargo, es dudoso que el convenio obligue, en este supuesto, a otorgar el crédito fiscal. Generalmente, el dividendo como tal está exento de imposición (dado que se habría gravado con anterioridad en aplicación de la legislación o reglas en cuestión), por lo que podría argumentarse que no existe fundamento para el reconocimiento de un crédito fiscal. Por otra parte, sería contrario a los fines del convenio que pudiera evitarse la deducción del impuesto extranjero simplemente anticipando el gravamen del dividendo mediante la adopción de normas que contrarrestan los abusos. El principio general, expuesto anteriormente, sugiere que debe concederse el crédito fiscal (crédito por impuestos pagados), aunque las modalidades puedan variar en función de los aspectos técnicos de este tipo de disposiciones o reglas y de las modalidades de imputación de impuestos extranjeros, así como de las circunstancias de cada caso particular (por ejemplo, el tiempo transcurrido desde el gravamen del “dividendo presunto”). En consecuencia, los contribuyentes que recurren a sistemas artificiales corren un riesgo frente al cual las autoridades fiscales no pueden concederles una protección integral.”

<sup>834</sup> GARCIA PRATS 2001: p. 821, aunque no queda claro si el autor se refiere a la exención prevista para los dividendos derivados de una participación sustancial o de la exención para otros tipos de rentas. RUST 2004: p. 264 y ss.; ALMUDÍ 2005: p. 356-358. Además, puede haber problemas con las cláusulas de *tax sparing*



Este problema es reconocido por los párr. 38 y 39 al art. 10 MCOCDE. El primero indica:

“Sin embargo, la aplicación de esta clase de legislación o de estas reglas puede dificultar la aplicación del artículo 23. Si las rentas se atribuyeran al contribuyente, cada elemento de renta debería someterse al régimen previsto en las disposiciones correspondientes del Convenio (beneficios empresariales, intereses, regalías). Si este importe se asimila a un dividendo presunto, es evidente que se tratará de rentas que se originan en la sociedad controlada y, por ello, con fuente en el país de dicha sociedad. Aun así no está nada claro si el citado importe sujeto a gravamen debe considerarse como un dividendo en el sentido del artículo 10 o como “otras rentas” en el sentido del artículo 21. Algunas de estas disposiciones o reglas tratan la suma sujeta a gravamen como un dividendo, con el resultado de que una exención prevista en un convenio tributario, por ejemplo el “privilegio de afiliación”, también le será aplicable (verbigracia, en Alemania). Sin embargo, es dudoso que los convenios así lo exijan. Si el país de residencia considera que no es el caso, posiblemente se enfrentará a la acusación de que está impidiendo la aplicación normal del privilegio de afiliación al gravar el dividendo por anticipado (a título de “dividendo presunto”).

Como se observa, el problema de la transparencia fiscal internacional es que cuando se utiliza el método de atribución económica de la renta o el de *look-through approach*, a los efectos del derecho interno del Estado de residencia del socio, la renta mantiene su naturaleza original, lo que supondría claramente un desconocimiento de las reglas de reparto del CDI si se pretende mantener esa calificación al nivel convencional. RUST ha entendido que en los casos en que no se reconoce a la entidad o en que se la reconoce pero se atribuye la renta al socio, se trata de una tributación de primer nivel y, por lo tanto, el artículo 7 es aplicable. Mientras que cuando se reconoce a la entidad y se atribuye la renta a la entidad extranjera y la renta se calcula ese nivel, pero en un segundo nivel se transfiere real o ficticiamente la renta al socio, se trata de un segundo nivel de imposición y por lo tanto aplica el artículo 10<sup>835</sup>.

A nuestro juicio, el primer nivel de imposición, entendido convencionalmente, ocurre siempre en los casos de entidades controladas, pues es precisamente su reconocimiento

---

como lo destacan SANDLER 1998: p. 217; ALMUDÍ 2005: p. 359. Y como lo destaca este último autor, con aquellos CDI que aplican el método de eliminación de la doble imposición económica interna a los residentes del otro Estado contratante. p. 358.

<sup>835</sup> RUST 2004: p. 267-268.

como unidades impositivas en el exterior lo que genera el diferimiento que se pretende evitar con las normas de transparencia fiscal internacional. Es más, las entidades controladas son usualmente personas, residentes, sociedades y entidades distribuidoras de dividendos según las remisiones que el Tratado contiene a la legislación de la residencia. En consecuencia, se dan los presupuestos de la ficción de que la renta deriva de participaciones sociales en una entidad distribuidora de dividendos a efectos convencionales. Por ello, debe insistirse que el artículo 10.3 en concordancia con el 10.1, 10.5, 7 y 3.1.d) del Modelo juegan un papel fundamental para evitar que las reglas de reparto puedan ser desnaturalizadas por los Estados a través de regímenes de transparencia, al indicar que la renta deriva de participaciones sociales a efectos convencionales y que no procede analizar la fuente de cada rendimiento que conformó los beneficios de la entidad controlada.

Finalmente, el Comentario indica que es posible que la renta se califique dentro de “otras rentas” en el sentido del artículo 21 MCOUDE, lo cual sólo tendría como fundamento el hecho de que se considera que es una renta ficta y no real, pues el Estado de residencia de la entidad distribuidora no la reconoce y considera que no deriva de “participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.” Debe recordarse que esta es la tercera parte de la definición de dividendos y que contiene una remisión al derecho interno. Sin embargo, como lo destaca HELMINEN y RUST, bajo el significado autónomo del art. 10.3 las rentas son dividendos de todas formas<sup>836</sup>. Pero además, como se ha dicho, las rentas fictas son en cualquier caso “rentas/rendimientos” a efectos del artículo 10.3 y no hay razón alguna para prescindir de la aplicación prevalente que tiene el artículo de dividendos sobre los de beneficios empresariales y de “otras rentas”. Tanto el artículo 10 como el 21 se refieren a “las rentas” y ningún artículo del Modelo define que debe entenderse por tales. Por ello, sería contradictorio argumentar que las rentas fictas no son “renta” efectos del artículo 10, pero si son “renta” para el artículo 21<sup>837</sup>.

---

<sup>836</sup> HELMINEN 2010: p. 136-137; RUST 2004: p. 265-267.

<sup>837</sup> El término renta al no venir definido por el CDI se definiría de acuerdo con la *lex fori*. La doctrina ha entendido que se aplicaría el significado dado por legislación del Estado que aplique el CDI, que en el caso de

El *Commissaire du Gouvernement* en el caso *Schneider* en Francia, como se ha dicho, consideró que la norma de transparencia fiscal se basaba en una ficción de distribución de dividendos<sup>838</sup>, aunque entendió que los mismos no encuadraban dentro del artículo 10 MCOCDE sino que, al no tratarse de una renta real, debían considerarse como “otras rentas” de acuerdo con el artículo 21 MCOCDE. Esto significa que deban ser gravados de forma exclusiva en la residencia sin conceder la medida para eliminar la doble imposición. Esta posición resulta incorrecta por las razones que ya se han expuesto y porque tendría que resultar inaplicable el art. 10 MCOCDE y las participaciones en la entidad distribidora no hacer parte de los bienes afectos a una actividad empresarial, pues calificarían como beneficios empresariales si hubiere dicha afección<sup>839</sup>.

En definitiva, la aplicación de las normas de transparencia fiscal internacional no limita la calificación como dividendos, a efectos de los CDI, de las rentas atribuidas al socio controlante. En particular, la eliminación de la doble imposición seguirá siendo una obligación convencional a cargo del Estado de residencia del socio a menos que una cláusula de salvaguarda expresamente lo excluya. Así, bajo el MCOCDE se exige conceder un crédito fiscal por dividendos siempre que los dividendos reales incluso si los beneficios ficticiamente atribuidos fueron incorporados en la base imponible del socio en un periodo anterior, mientras que en los CDI con exención por participación sustancial la renta podrá ser considerada por el Estado de residencia a efectos de la progresividad, pero tendrá que ser declara exenta<sup>840</sup>. En Alemania por ejemplo, algunos CDI conceden la exención de dividendos por participación sustancial por lo cual desde 2003 la legislación indica que los dividendos ficticios no se benefician de los CDI. Obviamente esto refleja el deseo corregir un problema de diseño de los tratados a través del derecho interno que con mucho sentido se ha acusado de *treaty override*<sup>841</sup>.

---

normas de transparencia fiscal internacional sería claramente el de la residencia al aplicar el artículo 10.1 MCOCDE. En esta línea HELMINEN 2010: p. 136-137.

<sup>838</sup> Un comentario sobre estos argumentos en DE BROE 2011: p. 378.

<sup>839</sup> LANG 2003: p. 56.

<sup>840</sup> AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 37-38.

<sup>841</sup> RUST 2004: p. 264 y ss.

No obstante debe reconocerse, tal como lo ha hecho HARRIS, que gracias a las normas de transparencia fiscal internacional los CDI se han convertido en irrelevantes, pues la mayoría de países del grupo G20+3 que analiza el autor tienen reglas de transparencia fiscal internacional que envuelven inevitablemente el otorgamiento de un crédito indirecto, ya que el Estado de la residencia del socio controlante suele aceptar como método interno un crédito por el impuesto pagado por la entidad controlada. Ello aplica incluso en aquellos estados que tienen el régimen de exención por participación sustancial. Además, el momento en que la entidad controlada distribuye los dividendos, los mismos se consideran exentos en manos de los socios a efectos del Estado de residencia, haciendo irrelevante el método convencional de eliminación la doble imposición<sup>842</sup>.

## **1.5. SITUACIONES ASIMILABLES A LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS DE DIVIDENDOS**

Algunos CDI incorporan referencias a quién puede ser entidad distribuidora de dividendos dentro de la definición de la norma equivalente al art. 10.3 del Modelo o en otras partes del texto del Tratado. Es el caso del de Rumania y España que añade a la definición de Dividendos la siguiente frase: “Este término designa igualmente las rentas distribuidas a sus socios por las Sociedades mixtas constituidas conforme a la legislación rumana.” Como esta norma, existen otras que resultan más comunes y se estudian a continuación.

### **1.5.1. CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN**

Para ilustrar la cuestión que ocupa a éste apartado es relevante mencionar el caso de las *tokumei-kumiai* japonesas. Se trata de un tipo de *silent partnership* o contrato de cuentas en participación mediante el cual el socio gestor/propietario del negocio desarrolla la actividad económica con el asocio de uno o varios socios ocultos. El propietario del negocio es gravado por la renta que se obtenga de las actividades y se le permite deducir el pago realizado a los socios ocultos. En Japón, la Corte Distrital de Tokyo afirmó que la renta obtenida por los socios ocultos debía calificarse como “otras rentas” bajo el Tratado de

---

<sup>842</sup> HARRIS 2010: p. 587.

Países Bajos y Japón<sup>843</sup>, como se deriva del hecho de que no existe una entidad distribuidora de dividendos, pues no hay una unidad impositiva independiente de los partícipes. En cualquier caso, estos contratos permiten la conducción de la renta y con esto el *treaty shopping*, lo cual ha sido solucionado en algunos CDI<sup>844</sup>.

Con ello, los contratos de cuentas en participación no son en sí mismos una entidad distribuidora de dividendos, ni una “sociedad”, aunque los gestores si lo sean. Las cuentas en participación no son un instrumento sintético –financiero, como lo llama la LMV española-, ni un título que pueda colocarse en el mercado de valores<sup>845</sup>, pero son instrumentos que de forma indirecta permiten lograr algunas características de deuda y de capital simultáneamente, pues al final un sujeto puede decidir no obtener un préstamo, ni colocar acciones, pero si crear un contrato de colaboración empresarial en el cual se disponga de unos recursos a cambio de unos derechos en la gestión y en los frutos de una operación. La lógica mercantil llevaría a pensar que no hay un endeudamiento propiamente, pues no hay remuneración definida, sino una utilidad producto del resultado de la actividad, lo cual envuelve un riesgo semejante al de los fondos propios en las sociedades. En cualquier caso, al no haber sociedad independiente se ha entendido en el ámbito español contable y tributario que son endeudamiento, pues su registro se da en la cuenta “acreedores por operaciones en común” del PGC<sup>846</sup>. La remuneración del partícipe se

---

<sup>843</sup> Tokyo District Court decision dated 30 September 2005. Comentada por: HONJO 2007: p. 367. Esta sentencia fue ratificada en Japón, Corte Suprema, Caso (Gyou-Hi) 300 de 2007, 5 de junio de 2008. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) case law

<sup>844</sup> El caso de las *tokumei-kumiai* ha sido solucionado por vía del Protocolo 13 al CDI entre Estados Unidos y Japón en el sentido de permitir al primer Estado no considerar como residente al contrato creado por el socio oculto y de “tratar la renta derivada por este sujeto como no obtenida por ningún participante del acuerdo. En ese evento, ni el contrato ni ninguno de los participantes del mismo tendrán derecho a los beneficios del Tratado con respecto a la renta obtenida sujeta a tal acuerdo.” Tampoco se evita que Japón grave en la fuente las distribuciones hechas por el gestor a los socios ocultos si son deducibles para el primero. Esta norma incorpora una regla de análisis sustancial pues se aplica a ese tipo de contratos como a “otros similares”. Protocolo de 2003 al CDI Estados Unidos-Japón.

<sup>845</sup> JIMÉNEZ-BLANCO sostiene que para hablar de híbridos debe tratarse de un instrumento sintético, por lo cual no caben dentro del concepto los contratos o elementos superpuestos que tienen características propias de forma independiente, lo que excluye a ciertas operaciones de derivados y aquellas que involucran vehículos, parece, sin embargo, cuanto menos curioso que admita como un instrumento financiero híbrido a las cuentas en participación. JIMÉNEZ-BLANCO 2010: p. 1645.

<sup>846</sup> CORDÓN & GUTIÉRREZ 2007: p. 999.

registra como gasto en la cuenta 6510 –beneficio transferido–, con lo cual no es un “gasto financiero”, sino “otros gastos de gestión”, deducibles incluso a efectos fiscales<sup>847</sup>.

Esta naturaleza híbrida le ha valido para que en ciertos casos reciba un tratamiento equivalente a los dividendos. Son ilustrativas en este punto las palabras de SCHÖN en relación con las cuentas en participación austriacas:

“Quien financia puede tener una participación privada en el negocio comercial de una persona incluida la participación en los beneficios y pérdidas, pero no tiene derecho de voto en el manejo de la sociedad del deudor. La participación en beneficios no puede ser eliminada pero es posible modificarse. Así es posible pagar parte de la remuneración por el capital sin consideración a la existencia de verdaderos beneficios. En relación con las pérdidas, en todo caso, la exclusión de cualquier participación es posible. En ese caso la distinción entre un *partnership* no revelado y un crédito participativo puede ser difícil. En el evento de insolvencia, el capital dado es considerado una obligación de terceros. Quién financia tiene derechos de verificación de las cuentas anuales y otra documentación (*art.* 179-188 UGB). En Austria, el silent partnership es considerado deuda para propósitos de derecho de sociedades y de contabilidad. Si las partes pactan la participación en los beneficios, las pérdidas y las ganancias latentes, el silent partnership se considera atípico, lo cual dará lugar a derechos políticos en el manejo de la sociedad y la financiación se considerará capital<sup>848</sup>.”

En atención a la necesidad de tratar de forma neutral este tipo de entidades algunos CDI, como el luso-español, aclaran la definición de dividendos estableciendo que “incluye los rendimientos de las cuentas o asociaciones en participación.”<sup>849</sup> En general, se aprecia que en algunos CDI se regulan cuáles rentas derivadas de los contratos de cuentas en participación por el partícipe oculto u contratos similares donde exista un *sleeping partner*, o de certificados fiduciarios de inversión pueden ser dividendos. Menciona LAMPERT que en el caso alemán existen numerosos CDI que tratan a las rentas del *silent partner* cómo dividendos expresamente, pues de otra forma serían considerados intereses. En todo caso, solo se refiere a aquellos *silent partners* que no ejercen una influencia en la actividad de negocios. Si el *silent partner* comparte riesgos derivados del negocio e influencia las

---

<sup>847</sup> CENCERRADO 2010: p. 653.

<sup>848</sup> SCHÖN et al 2009: p. 11-12.

<sup>849</sup> El Protocolo del CDI entre España y Portugal de 1995. La consulta de la DGT de 19 de febrero de 1992 indicó que en relación con el Convenio España Portugal son dividendos las retribuciones por las aportaciones hechas a cuentas en participación por un partícipe no residente persona física.

decisiones se consideran beneficios empresariales de acuerdo con el art. 7<sup>850</sup>. En relación con lo anterior es destacable el CDI entre España y Bulgaria de 1991 contiene una regla muy particular donde considera como un EP sito en este último país a la participación de un residente de España en una empresa mixta (*joint venture*) constituida con arreglo a la legislación búlgara. Lo particular es que estas entidades tienen personalidad jurídica, de forma que la distribución de sus beneficios daría lugar a dividendos de no existir esta regla especial que los hace tributar como beneficios empresariales.

En definitiva, la inclusión de los rendimientos obtenidos del contrato de cuentas en participación en la definición de dividendos soluciona problemas interpretativos pero genera uno de especial trascendencia, y es que si el pagador es una persona física habrá fundadas dudas de si se cumple con el art. 10.1 del Modelo. Además, si los rendimientos pagados son deducibles para el oculto, puede resultar cuestionable desde el punto de vista de la política fiscal conceder a éstos rendimientos el tratamiento de los dividendos porque el Estado de la residencia del gestor podría concederle una exención o un crédito indirecto.

### 1.5.2. TRUSTS

En un *trust* existen tres partes: el constituyente, el *trustee* y el beneficiario. Por lo general el constituyente transfiere unos activos al *trustee* para que éste desarrolle una finalidad pactada en contrato, que suele consistir en pagos a un beneficiario. Los *trusts* generan diversas preguntas de interés fiscal, especialmente aquellas relacionadas con la siguiente: ¿a quien se atribuye la renta obtenida por el desarrollo de las finalidades de un *trust*? En principio se trata de una propiedad que ha sido transferida al *trustee* y por lo tanto será él quien tenga derecho sobre las rentas que deriven. Sin embargo, en la medida en que dichos activos -y por tanto las rentas-, están afectos a una finalidad, es posible que se atribuyan al constituyente o al beneficiario. Suele ser común que se atribuya al primero cuando hay revocabilidad, fuera de estas situaciones por lo general se atribuye al beneficiario<sup>851</sup>.

---

<sup>850</sup> LAMPERT 2012: p. 485.

<sup>851</sup> AVERY JONES et al 2006b: p. 175 y ss.

De esta forma, los sistemas tributarios pueden gravar de forma transparente al beneficiario, caso en el cual, en principio, no habrá lugar a dividendos. No obstante, si el *trust* es considerado como una entidad imponible independiente o si el *trustee* es gravado en su nombre, la renta que reciba el beneficiario tendrá una fuente distinta a la actividad económica original<sup>852</sup>. Ello genera múltiples problemas a nivel internacional<sup>853</sup>, pero aquí solamente es relevante determinar si la fuente de la renta de los beneficiarios es la participación social en una entidad, problema que concierne tanto al Estado de residencia del beneficiario para determinar que tipo de corrección de la doble imposición aplica; como al de residencia del *trust* o *trustee* para determinar si está limitado por el CDI. Si bien se observa que algunos CDI solucionan el asunto a través de un supuesto de transparencia convencional consistente en que se atribuye la renta al beneficiario y se presume que el impuesto pagado por el *trust* ha sido pagado por ese mismo beneficiario<sup>854</sup>, o lo someten a las reglas generales de transparencia, lo cierto es que la mayoría de los CDI no contienen normas al respecto. Cuando no haya lugar a la transparencia del *trust*, porque ni el Tratado, ni la ley interna del Estado de residencia del *trust* o del *trustee* lo prevean, la fuente de la renta a efectos convencionales no es la actividad económica subyacente.

En el caso de los *accumulation trusts* en Estados Unidos y Reino Unido se les considera como unidades impositivas independientes a efectos fiscales, de manera que pueden ser consideradas “personas” “residentes” a efectos del Tratado lo que, en principio, podría permitirles ser entidades distribuidoras de dividendos. Sin embargo, será discutible si los derechos de los beneficiarios son realmente participaciones sociales puesto que en el caso

---

<sup>852</sup> WHEELER 2007: p. 37 y 38

<sup>853</sup> Por ejemplo, para determinar cuál CDI aplica el Estado de la fuente de la actividad económica original, que podría ser el del *trustee* o el del *trust* en sí mismo, o el del beneficiario. Para éste último será difícil que se le conceda un crédito fiscal por los impuestos pagados por alguno de los primeros sujetos. Además, es posible que el Estado de residencia del *trust* o *trustee* aplique un gravamen sobre la renta pagada a los beneficiarios, y que a efectos del CDI deberá ser calificada.

<sup>854</sup> CDI Reino Unido-Noruega 2000. Art. 21 (otras rentas). “(2) The provisions of paragraph (1) of this Article shall not apply to income paid out of trusts or the estates of deceased persons in the course of administration. Where such income is paid to a beneficiary who is a resident of Norway by trustees or personal representatives who are residents of the United Kingdom out of income received by those trustees or personal representatives which would, if those trustees or personal representatives had been residents of Norway, have fallen within other Articles of this Convention, the beneficiary shall be treated as having received an amount of the income received by the trustees or personal representatives corresponding to the income received by him and any tax paid by the trustees or personal representatives on that amount shall be treated as having been paid by the beneficiary.” CDI Reino Unido-Noruega 2000.



de los *irrevocable discretionary trusts* tales sujetos solo tienen meras expectativas, de ahí que se haya entendido que lo más correcto sería calificar las rentas como “otras rentas” bajo el art. 21 MCOCDE<sup>855</sup>.

### **1.5.3. VEHÍCULOS DE INVERSIÓN (INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA –IIC- Y OTROS FONDOS)**

Los vehículos de inversión buscan favorecer el ahorro y por lo general tienen un tratamiento favorable a efectos fiscales con el objeto de evitar la múltiple imposición de la renta. La naturaleza de estos fondos puede variar, en algunos casos teniendo personalidad jurídica, y en otros clasificando como un *trust* o, incluso, siendo considerados como meras masas patrimoniales que cuentan con reconocimiento legal a ciertos efectos. Los elementos característicos de su definición han sido resumido por ED & BONGAARTS en los siguientes: a) tienen como propósito recibir las rentas y las ganancias de capital resultantes de la administración de carteras; b) está verdaderamente abierto a un amplio número de inversores en virtud de la accesibilidad y comerciabilidad de sus intereses; y c) están regulados en términos de transparencia en sus propósitos y operación e independencia<sup>856</sup>.

En estas entidades existe un *animus societatis* y se da una “sustitución” de los activos administrados por el fondo por los activos que representan los intereses del inversor en el fondo, de manera que estos últimos sujetos no pueden demandar la posesión del activo subyacente o la renta derivada, sino que por el contrario tiene derecho a su participación en la globalidad del fondo<sup>857</sup>. La pregunta que interesa analizar en éste trabajo es si los fondos cumplen los requisitos para ser entidades distribuidoras de dividendos, y por tanto, si los intereses de los inversionistas pueden ser calificados como participaciones sociales en los términos del art. 10 MCOCDE.

Las formas de favorecer el ahorro a través de estos vehículos varían entre los estados. En el contexto internacional puede haber restricciones, pues no existe una tributación al nivel del

---

<sup>855</sup> CORASANITI 2003: p. 14

<sup>856</sup> ED & BONGAARTS 1997: p. 36.

<sup>857</sup> El concepto de “sustitución” fue desarrollado por el General Report del Informe IFA 1962. vid. ED & BONGAARTS 1997: p. 37.

IIC lo que en un CDI dará lugar a preguntarse si el IIC está comprendido dentro del ámbito subjetivo del Convenio y del art. 10.1 del Modelo, eso es, si es una persona o sociedad, y si la misma es residente en los términos del art. 4 MCOCDE, para lo cual tendrá que estar sujeta a imposición por el criterio de residencia, nacionalidad, sede de dirección o cualquier criterio análogo por sus rentas de fuente mundial, no bastando estar gravado por la fuente únicamente. Esto hace que se les aplique la solución que se adopte a la discusión sobre la tributación real o potencial como exigencia del *liable to tax*.

A los efectos de éste trabajo los IIC pueden dividirse entre aquellos que conforman una entidad distribuidora de dividendos en los términos el artículo 10 MCOCDE y aquellos en que no. Dentro de los primeros cabrían aquellos casos en que la entidad encaja como “sociedad” y “residente”, como ocurriría con las entidades consideradas como contribuyentes sin importar que tengan una exención subjetiva, exenciones objetivas o estén sujetas a tipo cero. Del mismo modo no afectaría esta conclusión si se gravara a la IIC de forma ordinaria, pero se consagre un sistema de integración al nivel del socio o si se permite la deducción, al nivel de la entidad, de los retornos a los inversionistas. Por el contrario, puede haber problemas para considerar que existe una entidad distribuidora de dividendos cuando un Estado aplique regímenes de transparencia, como aquellos que diferieren la imposición hasta que llegue al inversor sin considerar a la entidad como persona o se estipule una transparencia intermedia donde los activos se atribuyen a los inversores y las rentas a la entidad<sup>858</sup>.

HELMINEN ha destacado el problema de los fondos de inversión en Finlandia, ya que para ese Estado se trata de entidades que pueden ser consideradas como “sociedades” y “residentes”, de manera que en principio cumplirían los requisitos para ser considerados como entidades distribuidoras de dividendos y además, el régimen previsto por el Derecho interno para los pagos a los inversores es idéntico al de los dividendos. Para dicha autora, lo más apropiado sería calificar los pagos hechos a sus inversionistas como dividendos procediendo una retención en la fuente limitada. Sin embargo, los tribunales han entendido que dichos pagos califican como “otras rentas”, además, no pueden someterse a imposición

---

<sup>858</sup> ED & BONGAARTS 1997: p. 38.

en ese Estado en la medida en que no cumplen con la tercera parte de la definición de dividendos de los Convenios, pues se ha considerado que el tratamiento fiscal de las acciones difiere del de los fondos de inversión bajo el derecho interno, pues los fondos están exentos y los pagos a los inversionistas no dan derecho al método para eliminar la doble imposición económica<sup>859</sup>. Esta conclusión resulta criticable puesto que el régimen fiscal al que se refiere el art. 10.3 es el de los dividendos como rentas del socio y no de la entidad distribuidora. Además, la segunda parte de ese precepto comprende a los “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” donde posiblemente puedan subsumirse los derechos de los inversores en el fondo.

Algunos CDI entienden que las IIC no pueden ser residentes de acuerdo con el art. 4 MCOCDE a menos que las Autoridades Competentes establezcan los requisitos para serlo<sup>860</sup>. Otros simplemente excluyen a los “Fondos de Inversión de Capital Extranjero” o “cualquier otra legislación sustancialmente similar dictada [...] con posterioridad a la firma del Convenio”<sup>861</sup>. De manera análoga, algunos CDI contienen cláusulas de exclusión que comprenden estos tipos de entidades<sup>862</sup>. Por el contrario, algunos CDI especifican la aplicación del art. 10 a ciertos sujetos a IIC. Por ejemplo, el Protocolo del CDI entre España y Corea de 1994 indica textualmente: “Con referencia al artículo 10: [...] No

---

<sup>859</sup> HELMINEN 2000: p. 135 y ss.; HELMINEN 1999: p. 1155 y ss.; HELMINEN 2013: p. 211 y ss.; vid. Finlandia, *Korkein Hallinto-oikeus*, Sentencia de 14 de junio de 1999, no. 1600; KHO: 1999:34. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>860</sup> España-Alemania 2012, Protocolo I; España-Francia 1997 Protocolo 9, admitidas las Instituciones Francesas de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OPCVM) francesas por intercambio de cartas de 1 de marzo y 22 de abril de 2005, B.O.E. de 6 de agosto de 2009.

<sup>861</sup> España-Chile, Protocolo I, en relación con legislaciones dictadas por Chile.

<sup>862</sup> España-Jamaica 2009: “A. El presente Convenio no será aplicable a las sociedades que puedan acogerse a beneficios fiscales especiales previstos (en Jamaica) en: a) la Ley de sociedades financieras internacionales (deducciones en el impuesto sobre la renta) de 1971 [«International Finance companies (income Tax Relief) Act»]; b) la Ley sobre sociedades comerciales extranjeras de 1984 («Foreign Sales Corporation Act»), y c) cualquier ley sustancialmente similar promulgada posteriormente por Jamaica. B. Además, en el caso de España, se entenderá que las sociedades mencionadas en el párrafo A están excluidas de los efectos de la aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, con sus correspondientes modificaciones.” CDI de España y Uruguay de 2011 que reza: “1. No se aplicará el convenio a las sociedades o entidades acogidas a alguno de los siguientes regímenes: a) Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (SAFI), cuando continúen disfrutando del régimen fiscal previsto en la Ley nº 11.073, de 24 de junio de 1948, o sus modificaciones posteriores; b) Instituciones Financieras Externas (IFE), cuando continúen disfrutando del régimen fiscal previsto en el Decreto de 17 de agosto de 1989 o sus modificaciones posteriores; c) Zonas francas previstas en la Ley 15.921 o sus modificaciones posteriores, en lo referente a la prestación de servicios financieros. Lo dispuesto en los apartados a) y b) no será de aplicación cuando Uruguay esté en disposición de intercambiar información con respecto a esas entidades en los términos previstos en este Convenio.”

obstante el epígrafe a) del apartado 2 del artículo 10, el epígrafe b) de dicho apartado se aplicará en todos los casos a los dividendos pagados por las instituciones españolas de inversión sometidas a la imposición española con arreglo al artículo 34 o el artículo 35 de la Ley 46, de 26 de diciembre de 1984.” Por su parte, el CDI entre España y Alemania de 2012 comprende dentro de la definición de dividendos “los rendimientos procedentes de las distribuciones por razón de certificados en una “*investmentvermögen*” alemana.” El Modelo Ruso destaca que son dividendos las participaciones en los fondos de inversiones (*share investment funds*)<sup>863</sup>. Nótese que estos tipos de convenios crean una entidad distribuidora de dividendos directamente, evitando incluirlos como “persona”, “sociedad” y “residente” que reúne las condiciones para ser entidad distribuidora de dividendos. Esto puede presentar problemas al hacer policéntricos los círculos que hemos referido.

El CDI entre España y Estados Unidos de 2013 aclara en su Protocolo, en relación con el artículo de dividendos, que en el caso de España la imposición en fuente reducida de 5% no procede si los dividendos son pagados por una SOCIMI o una IIC española. No obstante, sí se aplica la imposición reducida en fuente del 15% cuando el capital que posee “el beneficiario efectivo de los dividendos, directa o indirectamente, no excede del 10 por ciento del capital total de la SOCIMI” y en todo caso, si los dividendos son pagados por una IIC. En cuanto a Estados Unidos la imposición reducida en fuente al 5% no aplica para las US RIC ni para las US REIT. No obstante, tienen derecho a la imposición reducida en fuente del 10% y de exención conforme al art. 10.4 del Tratado, en todos los casos las RIC y, las FII únicamente cuando:

- a) el beneficiario efectivo sea una persona física o un fondo de personas con participación menor al 10% en el REIT;
- b) los dividendos derivan de una clase de acciones que se comercializan en bolsa y el beneficiario efectivo de los dividendos es una persona cuya participación no excede del 5% de ninguna clase de acciones de la REIT;
- o c) el beneficiario efectivo de los dividendos es una persona cuya participación en la REIT no excede del 10 % y la REIT está diversificada<sup>864</sup>.

---

<sup>863</sup> VARIYCHUK 2012: p. 931.

<sup>864</sup> El Protocolo indica: “A los efectos de este apartado, una *REIT* estará “diversificada” cuando no exista una única participación en bienes inmuebles cuyo valor exceda del 10 por ciento de sus participaciones totales en bienes inmuebles. A los efectos de esta norma, las propiedades en ejecución hipotecaria no se consideran participaciones en bienes inmuebles. Cuando una *REIT* posea una participación en una sociedad de personas (“*partnership*”), se considerará que posee directamente el porcentaje de participación de la sociedad de personas en los bienes inmuebles, correspondiente a su participación en la sociedad de personas.”

#### 1.5.4. ENTIDADES O FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA (FII)

Como ya hemos anticipado, los FII<sup>865</sup> son tratados de forma muy diferente por parte de los Estados, dando lugar en algunos casos a que no sean “residentes” o “sociedades” a efectos de aplicar los CDI<sup>866</sup>. Ello causaría que las rentas que paguen a sus inversionistas no se beneficien de la aplicación del CDI. Ese resultado puede ser deseable para los grandes inversores pero no para los pequeños, por lo cual se proponen modificaciones al apartado 10.2 MCOCDE que no limiten la imposición en la fuente cuando haya participaciones superiores al 10%, pues se entiende que el FII es un vehículo de un inversor con especial injerencia<sup>867</sup>. De hecho, si el FII es considerado “sociedad” “residente” y la renta se atribuye a la entidad, no habrá mayores problemas para calificar la renta derivada como dividendos. Lo anterior ocurre por ejemplo, con las SOCIMI españolas que se organizan como Sociedades Anónimas, no son un vehículo transparente, ni pueden considerarse como exentas del IS en la medida en que están sometidas a un tipo del 0% *sólo* si cumplen ciertos requisitos, pues de lo contrario se sujetarán a un 30%. Además, se prevé un gravamen especial del 19% en cabeza la propia entidad y al momento de la distribución a sus socios cuando estos últimos tengan una participación igual o superior al 5% en la SOCIMI y siempre que los dividendos estén exentos o tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%. Si el perceptor de los dividendos es una entidad no residente que participa en el capital de otras SOCIMI, cuando tenga una participación igual o superior al 5% y tributen al menos al tipo de gravamen del 10% no se aplicará el gravamen especial<sup>868</sup>.

---

<sup>865</sup> Los FII tienen origen en Estados Unidos a finales del siglo XIX donde inicialmente se gravaban en cabeza de los beneficiarios, aunque en 1935 la Corte Suprema estadounidense consideró que deberían sujetarse a imposición como las *corporations*. Estados Unidos. *Supreme Court*. 1935, *Morrissey v. Commissioner*, 296 U.S. 344. En 1960 se crea un régimen que devuelve la neutralidad a los REIT, bajo un sistema que varias legislaciones han incorporado. CONCEIÇÃO 2012: aptdo. 1.1. En España el régimen de las SOCIMI es un ejemplo de FII.

<sup>866</sup> Las rentas derivadas de las acciones o participaciones en entidades de inversión inmobiliaria pueden resultar excluidas del Art. 10. vid. VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. Israel-Alemania.

<sup>867</sup> párr. 64.3 al art. 10 MCOCDE

<sup>868</sup> Bajo la ley 11 de 2009 las SOCIMI españolas generaban varios problemas de doble imposición en cabeza de los socios. vid. VIÑUALES 2010: p. 247 y ss. Bajo la Ley 16 de 2012 estos casos se restringen solo a los supuestos en que exista una participación mayor al 5% y la no acreditación de estar gravado a un tipo superior al 10%.

No obstante, si los FII no fueran considerados “sociedad”, la renta se entendería obtenida por los inversores de forma transparente, lo que podría hacer calificar la renta como inmobiliaria. Además, recuérdese que el art. 10.3 MCOCDE exige que la entidad sea una unidad impositiva de forma semejante a las personas jurídicas. Dado que el régimen de los FII supone una reducción del gravamen, ya que su característica principal es que existe un único nivel de imposición que corresponde al de los inversores en el FII, es posible que no se catalogue como una entidad distribuidora de dividendos bajo una cuestionable pero posible interpretación según la cual no son consideradas “residente” o “sociedad” por no estar sujetas a imposición de forma semejante a las personas jurídicas.

En la medida en que los Estados buscan favorecer la inversión a través de estos vehículos, pero sin que ni la fuente, ni la residencia pierdan su potestad tributaria en casos de doble imposición, los párr. 67.1 y ss. de los Comentarios al art. 10 MCOCDE sugieren la incorporación de ciertas normas que vendrían a permitir la aplicación del CDI a estas entidades y en consecuencia a que la renta derivada por los inversores en una FII se califique como dividendos a efectos convencionales. Esto último se logra mediante la ficción de la existencia de una entidad diferenciada que conlleve que la fuente de renta para los inversores sea distinta a la subyacente. Es decir, la fuente no será la propiedad inmobiliaria, sino las participaciones sociales. Para obtener tal efecto, la entidad, que puede ser “sociedad” pero no “residente”, debe clasificar como entidad distribuidora de dividendos, por lo cual, el párr. 67.6 propone modificar los apartados 1 y 2 del art. 10 para indicar que los dividendos también pueden ser pagados por un FII, y que pueden ser gravados de forma ilimitada en la fuente, entendida esta como el Estado de constitución. La redacción sugerida es la siguiente:

- “1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante, o por un FII constituido conforme a su legislación interna, a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado o, en el caso de un FII, según la legislación en virtud de la que se haya constituido; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante (distinto del beneficiario efectivo de los dividendos pagados por una sociedad que constituya un fideicomiso de inversión

inmobiliaria (FII) en el que dicha persona posea, directa o indirectamente, una participación en el capital de la sociedad que constituya al menos el 10 por ciento del valor de todo el capital invertido), el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades personas *-partnerships-*) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos (excluidas las sociedades pagadoras constituidas como un FII); b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.”

Por el contrario, cuando el FII se estructura como fideicomiso o acuerdo contractual o fiduciario no considerado como sociedad, como lo indica el párr. 67.7, se puede establecer que las distribuciones tendrán el tratamiento correspondiente a los dividendos, excluyendo así a otras categorías de rentas. Se propone así, una disposición adicional del siguiente tenor:

“A los efectos del presente Convenio, cuando un FII constituido de conformidad con la legislación de un Estado contratante distribuya rentas a un residente del otro Estado contratante y este sea el beneficiario efectivo de la distribución, tal distribución de la renta se tratará como un dividendo pagado por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar.”

En ambas soluciones, el FII podría ser un no residente a efectos del Tratado por no estar sujeto a imposición, y aún así sus pagos a los inversionistas se verían sujetos a los beneficios convencionales y serían dividendos aunque no haya habido sujeción a imposición al nivel de la entidad. Todo lo anterior supone nuevas funciones de la definición de dividendos que históricamente fue diseñada para calificar a las rentas que potencialmente puedan sufrir doble imposición económica, lo cual no ocurre claramente en estos casos.

Para finalizar, la práctica convencional española contiene ejemplos de FII que son considerados entidades distribuidoras de dividendos. El CDI España-Singapur de 2012 permite aplicar la imposición reducida del 5% a quienes detenten menos del 10% del capital aportado de una «entidad cotizada de inversión inmobiliaria». En los demás casos la reducción prevista en el CDI no aplica. El objetivo de esta diferenciación es reconocer que en el caso en que se tiene un porcentaje superior al 10% la inversión pasa a tener una mayor conexión con la propiedad inmueble, lo que justifica el mayor gravamen. Se entiende por

tales entidades en Singapur un fideicomiso constituido como instrumento de inversión colectiva, aprobado en virtud del artículo 286 de la Securities and Futures Act (Ley de Valores y Futuros), capítulo 289, que cotiza en el Mercado de Singapur (Singapur Exchange), y que invierte o tiene como objetivo invertir en bienes inmuebles y en activos relacionados con bienes inmuebles; y en España, SOCIMI reguladas mediante Ley 11/2009.

### 1.5.5. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

Bajo el MCOODE los EP no entran en el ámbito subjetivo de aplicación de los tratados, ya que son criterio objetivo de conexión. De esta forma, en principio, un EP no puede ser considerado una entidad distribuidora de dividendos en la medida en que no es una “sociedad” “residente de un Estado contratante” que paga dividendos a sus socios, en los términos de los art. 1, 3, 4 y 10 MCOODE, pues de hecho lo que hace es remesar los beneficios a su casa central, que entre otras cosas es la misma persona jurídica a efectos impositivos. Además, no existe una participación social en el EP en los términos del art. 10.3 del Modelo, de forma que su calificación, de ordinario, se da dentro del artículo de beneficios empresariales (art. 7 MCOODE). Los EP además resultan protegidos por la regla de no discriminación contenida en el art. 24.3 del MCOODE, la cual prohíbe al Estado donde se configura el EP a someter a una imposición menos favorable que las empresas locales que realicen esas mismas actividades<sup>869</sup>.

Para exponer cómo los EP difícilmente pueden ser una entidad distribuidora de dividendos, vale la pena analizar el caso *Sté Médecine Beauty* conocido por la Corte Administrativa de Apelaciones de Lion, Francia<sup>870</sup>, que versó sobre la definición de dividendos del CDI entre Francia y Suiza de 1966. Se trata de una sociedad residente en Suiza que desarrolla actividades en Francia a través de dos agentes dependientes que constituyen un EP en esta

---

<sup>869</sup> MCOODE, art. 10, párr. 60. VOGEL 1997: p. 1316.

<sup>870</sup> Francia, *Cour administrative d'appel de Lyon*, Sentencia del 22 September 2009, Caso *Sté Médecine Beauty*, No. 06-1048. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Se ha utilizado como fuente: Eric Robert, “Treaty between France and Switzerland – French Administrative Court of Appeal holds constructive distributions subject to withholding tax”, IBFD TNS Online, 26 February 2010.



última jurisdicción bajo el art. 5 del Tratado. Las posiciones de las partes del litigio pueden resumirse así:

-Para la Administración francesa el impuesto sobre la remesa de utilidades del EP podría aplicarse bajo el artículo 11.5 del Convenio (en la versión modificada por el Protocolo de 1997) que contiene la definición de dividendos, ya que según el derecho interno francés (art. 115 *Code Général des Impôts*) es exigible un *branch tax* sobre la renta resultante después de restar el impuesto de no residentes sobre el EP. Se trata de un tributo que considera como distribuciones ficticias (*revenus réputés distribués*) las rentas de los EP.

-Para el contribuyente las remesas debían ser clasificadas como “otras rentas” gravadas exclusivamente en el Estado de la residencia en aplicación del art. 23.1 del citado Tratado. La posición del contribuyente se basa en la Decisión la Corte Suprema Administrativa de 31 de enero de 2001 en el caso *Polska Kasa Opieki* (2001) que analiza el CDI entre Francia y Polonia de 1975 y sostiene que el impuesto sobre la remesa de los EP se ve limitado por el artículo de “otras rentas” del CDI, ya que el artículo 10 no es aplicable, y que por tanto, no pueden ser gravados por Francia. Es interesante mencionar que dicho Tratado contenía una norma similar al art. 21 del MCONU que otorga el poder de gravar las otras rentas al Estado de la residencia, a menos de que desarrolle una actividad mediante un EP en el otro Estado. Como en efecto existía un EP, la Corte indica que esa referencia se hace para aplicar el art. 7 que se refiere exclusivamente a los beneficios empresariales, pero que se puede extender al gravamen de las presuntas remesas de utilidades. Por ello, el art. 21 señalaría una tributación exclusiva en la residencia.

La Sentencia de la Corte de Apelaciones afirma que el art. 11.5 del CDI -relativo a la definición de dividendos- comprende a las distribuciones ficticias y, por lo tanto, pueden gravarse como dividendos las remesas de utilidades. Esta conclusión se basa en la redacción del texto del CDI que contiene una remisión amplísima al estado de la fuente<sup>871</sup>. Gracias a esa particularidad de la ley interna francesa, los CDI de este país tienden a redactar la tercera parte de la definición de forma amplísima, es decir indicando que son

---

<sup>871</sup> Textualmente se afirmó: “Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes de l'article 11 de la convention franco-suisse, dans sa rédaction applicable en l'espèce: ...5. Le terme dividendes employé dans le présent article désigne... les revenus soumis au régime des distributions par la législation fiscale de l'Etat contractant dont la société distributrice est un résident...7. Lorsqu'une société qui est un résident d'un Etat contractant tire des bénéficiaires ou des revenus de l'autre Etat contractant, cet autre Etat ne peut percevoir aucun impôt sur les dividendes payés par la société, sauf dans la mesure où ces dividendes sont payés à un résident d'un autre Etat ou dans la mesure où la participation génératrice des dividendes se rattache effectivement à un établissement stable ou une base fixe dans cet autre Etat...; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, les revenus réputés distribués litigieux constituent des dividendes au sens du 5. de l'article 11 précité; qu'ainsi, il résulte des stipulations du 7. dudit article 11 de la convention que l'Etat Français pouvait les soumettre à une retenue à la source dès lors qu'ils se rattachaient effectivement à un établissement stable situé en France;”

dividendos “las rentas tratadas como distribuciones por la legislación tributaria del Estado contratante en el cual la sociedad que hace la distribución es un residente.”<sup>872</sup>

El caso *Sté Médecine Beautyes* interesante para ver el alcance de la remisión al derecho interno y su relación con los requisitos de existencia de una entidad distribuidora de dividendos. Debe señalarse que el EP no es una “sociedad” residente de un Estado contratante. Sin embargo, es interesante que no existe en este CDI la exigencia de que los dividendos sean pagados por un residente de un Estado contratante del art. 10.1 del MCOCDE y por el contrario indica lo siguiente: “Los dividendos que se originen en un Estado contratante y pagados a un residente de otro Estado contratante pueden ser gravados en ese otro Estado contratante.”<sup>873</sup> De todas formas, la exigencia de ser residente si viene implícita en la remisión de la definición de dividendo del art. 11.5 del citado Convenio. Es decir, aunque forzadamente pueda sostenerse que es una “sociedad” por ser una entidad que es tratada como persona jurídica a efectos fiscales (3.1.f) por el Estado de establecimiento, no se cumpliría la exigencia de que sea residente para determinar con respecto a cuál entidad habrá que hacerse la comparación. O habría que compararla con el régimen fiscal otorgado por el Estado de residencia de la casa central, lo cual no haría ningún sentido. En definitiva, la intención de los negociadores es evidente, pero el texto del Tratado no supera los problemas para calificar esas rentas como dividendos.

De todas formas, desde un punto de vista de política fiscal, la no consideración de los EP como sujetos de los CDI resulta, no sólo absurda ante situaciones triangulares<sup>874</sup>, sino también contradictoria con los últimos movimientos de la OCDE que tienden a su subjetivización e independencia de su casa central, así como con el hecho de que siempre han sido considerados como un centro de atribución de rentas, concepto éste muy cercano al de unidad impositiva independiente sobre el cual se construye el de sociedad y entidad

---

<sup>872</sup> vid. “France - Permanent Establishments - Topical Analyses - 6. Miscellaneous (Last Reviewed: 4 March 2013) Nathalie Cordier Deltour”, en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>873</sup> “Dividends arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.” Versión traducida del francés por el IBFD. En: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>874</sup> vid. AVERY JONES & BOBBETT 1999: p. 16-20.

distribuidora de dividendos<sup>875</sup>. Lo anterior sin contar con el hecho de que el criterio de atribución incorporado en 2008 al MCOCDE supone una sujeción comprensiva a imposición. Pero además, respecto a lo que interesa a esta tesis, no considerar al EP como una entidad distribuidora y no tratar como dividendos a las remesas de beneficios a la casa central genera no pocas faltas de coherencia y neutralidad. Por ello, pese a que las modificaciones realizadas en el 2008 al MCOCDE<sup>876</sup> lograron acercar el gravamen de la casa central de un EP con el de la matriz de una filial, no tuvieron en cuenta que respecto de estas últimas existe un segundo nivel de imposición, que es el gravamen sobre los dividendos. De hecho, mientras que el segundo nivel de gravamen en un EP, aplicado en la fuente, puede estar restringido por los artículos 10.5 y 24 MCOCDE, el art. 10 permite perfectamente un gravamen limitado en la fuente que se reduce al 15% o al 5% cuando existe participación sustancial. Así, mientras el gravamen de la casa central se da de forma ilimitada en la fuente y se permite en la residencia un crédito fiscal por el impuesto o una exención por la renta del EP, la imposición de la matriz supone un gravamen limitado de los dividendos en la fuente y un crédito fiscal por los mismos. En este último caso, la subsidiaria tributará en el Estado de su residencia y la matriz será gravada en la fuente y en su residencia por los dividendos, a menos que el CDI o el derecho interno del Estado de residencia de la matriz permita atenuar la doble imposición económica mediante un crédito indirecto o exención.

El ET colombiano permite exponer algunos de los problemas que podría derivarse del régimen asimétrico de tributación de los beneficios de un EP y los dividendos repartidos por una filial, y de los problemas que se causan al tratar de calificar dentro del art. 10.3 del MCOCDE las remesas de los EP a su casa central. Bajo las normas internas del país suramericano, las sociedades y entidades residentes en Colombia tributan por su renta de fuente mundial, y las rentas que obtengan no se atribuyen a los socios. Los dividendos que repartan dichas sociedades no son ingresos constitutivos de renta, ni de ganancia ocasional si los beneficios con que se distribuyen han tributado en cabeza de la sociedad. De ésta forma, se ven sujetos a gravamen aquellos dividendos que correspondan a utilidades no

---

<sup>875</sup> De hecho, gracias a ello la propuesta de WHEELER para incluir reglas de atribución en los CDI considera al EP como una entidad con derecho a obtener los beneficios del CDI. WHEELER 2011: p. 285-287.

<sup>876</sup> Consolidados en: OECD 2010d; antecedentes en: BENNETT & RUSSO 2007: p. 279 y ss.

gravadas en la sociedad como, por ejemplo, aquellas derivadas de rentas exentas cuyo beneficio fiscal no es trasladable a los socios. Este sistema de eliminación de la doble imposición sociedad-socio ha planteado problemas en su interacción con los CDI firmados por Colombia, puesto que en sus protocolos se ha tratado, en algunos casos sin éxito, de proteger el derecho de imposición de Colombia sobre esas rentas no gravadas en cabeza de la entidad distribuidora, pero si a nivel de los socios, a través de la inaplicación de los límites que prevé el art. 10.2 MCOCDE<sup>877</sup>.

Por su parte, los EP tributan por sus rentas atribuibles de fuente nacional, pero bajo un régimen igual al que aplica a las personas naturales o jurídicas con residencia en Colombia. Pues bien, a través de la Ley 1607 de 2012 el legislador colombiano ha incorporado dentro de la definición de dividendos interna “la transferencia de utilidades que corresponden a rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional obtenidas a través de los establecimientos permanentes o sucursales en Colombia de personas naturales no residentes o sociedades y entidades extranjeras, a favor de empresas vinculadas en el exterior.” Esta medida busca acercar el tratamiento tributario de las filiales y los EP, pero mientras en el primer caso hay dos contribuyentes (la matriz y la filial) en el segundo hay sólo uno (el no residente). Este detalle tiene efectos a nivel del Tratado, pues como se ha dicho, la definición de dividendos del art. 10.3 MCOCDE parte de la base de que hay una entidad distribuidora de dividendos, una participación social y que el beneficiario de los mismos recibe la renta por esa participación.

De tal forma, a efectos convencionales la tributación seguirá siendo asimétrica ya que la transferencia de utilidades del EP gravadas como dividendos (por no haber tributado como beneficios del EP) a efectos internos, no se calificarían como dividendos a efectos convencionales, de manera que no aplicarían los límites del art. 10.2, ni las excepciones a estos últimos contenidas en los protocolos<sup>878</sup>, sino que se entenderá que son beneficios

---

<sup>877</sup> Sobre el particular: CASTRO 2011: p. 537 y ss.

<sup>878</sup> Nos referimos en general aquellos Protocolos que permiten una tributación ilimitada en Colombia cuando los beneficios no han tributado en cabeza de la entidad distribuidora. Resulta discutible el mandato contenido en el Protocolo del Convenio entre Colombia y Chile que “entiende que una remesa efectuada por un establecimiento permanente en Colombia tiene un tratamiento tributario equivalente al que el párrafo 2, letra a) del artículo 10 contempla para los dividendos, respecto del impuesto complementario de remesas.” La

empresariales de acuerdo con el art. 7 MCOCDE. Así, aunque en principio Colombia pueda gravar tales remesas porque existe un EP constituido en su territorio, podrá darse una vulneración de la regla de no discriminación contenida en los art. 24.1 y 24.3 MCOCDE, en la medida en que el gravamen recae sobre el mismo sujeto pasivo-que es el no residente que opera mediante un EP-y quien se ve sometido a una imposición menos favorable que las sociedades “nacionales” colombianas. Nótese que no son éstas últimas quienes soportan la imposición sobre los dividendos (de sociedades, si se quiere), sino los socios. Por ello, la comparación debe hacerse entre los impuestos que recaen sobre el EP y los que se aplican a las entidades nacionales, análisis que arroja una discriminación patente<sup>879</sup>.

La revisión de las soluciones que el derecho comparado prevé para este problema permite observar que los CDI deben ser adecuados expresamente para lograr el tratamiento simétrico entre dividendos y las remesas de beneficios de los EP, no a través de la calificarlas como dividendos, sino de asimilar su régimen fiscal previsto en el CDI. Por ejemplo, en el caso chileno operan dos niveles de impuestos, el impuesto de primera categoría que recae sobre los residentes y los EP, y el de segunda categoría que recae sobre los no residentes cuando la renta es puesta a su disposición. La práctica convencional de ese país muestra modificaciones al art. 10 del MCOCDE, en el sentido de aclarar que los porcentajes previstos en el art. 10.2 “no limitarán la aplicación del impuesto adicional a pagar en Chile en la medida que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional.” En relación con lo que nos interesa, respecto de la imposición de los EP, el art. 10.6 del CDI entre España y Chile indica que las normas del Tratado “no afectarán a la imposición en Chile de un residente en España en relación con los beneficios

---

asimilación de la transferencia de utilidades del EP a la casa central con los dividendos, se hace a efectos del impuesto básico de renta y parece ser un supuesto distinto al que pretende cobijar el Protocolo que se refiere al impuesto complementario de remesas, de forma que es difícil que pueda interpretarse una autorización para aplicar el art. 10.2 MCOCDE a los “dividendos” repartidos por un EP según la legislación nacional. De forma contraria al CDI colombo-chileno, el CDI entre España y Colombia en el Protocolo IV indica que no “se gravarán con remesas las rentas y ganancias ocasionales de un residente de España, que realice su actividad en Colombia a través de un Establecimiento Permanente situado en Colombia.” La recién citada norma no parece tampoco tener ningún efecto sobre el problema descrito por las mismas razones descritas.

<sup>879</sup> Dentro del proyecto BEPS se está planteando reducir el alcance de la norma de no discriminación prevista en los CDI para que no sea aplicable a la llamada discriminación indirecta. Es decir, se busca que los comentarios expresen que la norma no pretende proveer a los no residentes, no nacionales, empresas del otro Estado contratante o empresas controladas por residentes, un tratamiento fiscal mejor que el que se aplica para nacionales o empresas de un estado contratante. OECD 2014: p. 25.

atribuibles a un establecimiento permanente situado en Chile, tanto respecto al impuesto de primera categoría como respecto al impuesto adicional, siempre que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional.”<sup>880</sup> Ello demuestra, por un lado, la posibilidad interpretativa de que los art. 10.5 y 24.3 MCOCDE se entiendan contrarios al impuesto adicional chileno, pero de otro, expone cómo se puede lograr un simétrico régimen entre el segundo nivel de imposición de un EP y los dividendos de una filial<sup>881</sup>. Esta regla se explica por el sistema de integración chileno consistente en que:

“la primera categoría del impuesto será pagada por la compañía cuando se obtengan los beneficios y el Impuesto Adicional será retenido de los dividendos pagados a los no residentes receptores de tales dividendos [...] Luego ambos impuestos son parte del sistema de integración, en la medida en que el impuesto de Primera Categoría previamente pagado por la compañía es acreditable en su totalidad al calcular el monto del impuesto adicional a ser pagado por el receptor de los dividendos quien es residente del otro Estado contratante.”<sup>882</sup>

Pues bien, bajo este esquema, el límite del numeral 2 del art. 10 es aplicable sobre el impuesto adicional y no sobre el de primera categoría<sup>883</sup>.

Otro ejemplo lo presta el caso estadounidense, pues como se aprecia en el CDI entre España y Estados Unidos se permite un segundo nivel de imposición conforme a las “restantes disposiciones del Convenio” en todos aquellos casos en que sea aplicable un

---

<sup>880</sup> De forma similar Colombia-Chile 2012

<sup>881</sup> La Circular 32 del 2001 de la Autoridad Fiscal chilena indicó: “Sin embargo, estos límites [los del art. 10.2] no se aplican respecto del Impuesto Adicional que en conformidad a lo establecido en el N° 2 del artículo 58° de la Ley de la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974, grava a los dividendos distribuidos por una sociedad chilena, anónima o en comandita por acciones, respecto de sus accionistas residentes en Canadá. Ello se desprende del segundo subpárrafo del párrafo 2 al señalar que el término “imposición de la sociedad”, en el caso de Chile, comprende tanto al Impuesto de Primera Categoría como al Impuesto Adicional y que ninguno de ellos se verá afectado por estos límites en tanto el Impuesto de Primera Categoría sea deducible contra el Impuesto Adicional.” Parece impreciso indicar que la imposición adicional chilena es a su vez “imposición de la sociedad” y que al tiempo recaiga sobre los socios. El Oficio N° 1.221, del S.I.I., del 22.07.2010 sostiene: “se incluye una cláusula que con diferentes redacciones se encuentra en todos los convenios suscritos por Chile y que establece, en el caso de nuestro país, que dentro de la tributación que afecta a los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos, esto es la renta de la sociedad, se encuentra el impuesto adicional, con lo cual este gravamen que afecta al accionista residente en el Reino Unido no queda sujeto a las limitaciones previstas en el inciso primero del número 2 del artículo 10 del Convenio.” Si la imposición de la sociedad de que trata en art. 10.2 MCOCDE salvase al impuesto adicional chileno, no sería necesaria la aclaración expresa que hacen los CDI de ese país.

<sup>882</sup> MANDARIAGA & YÁNEZ 2012: p. 245-246.

<sup>883</sup> Se relaciona con la reserva contenida en el párr. 74 al art. 10 del MOCDE hecha por Chile.

impuesto adicional sobre rentas de un EP, inmobiliarias gravadas en base neta (art. 6) o en aplicación del art. 13.1. Dicho impuesto no podrá exceder del 5% y, en cualquier caso, no será aplicable cuando se trate de una sociedad que satisfaga algunos requisitos del art. 17 sobre limitación de beneficios. Éste convenio sigue de cerca el MCEUA de 2006 al hacer patente que el art. 10 debe ser algo más que una norma sobre los dividendos pagados por una sociedad y debe convertirse en un precepto que permita considerar un segundo nivel de imposición sobre ciertos tipos de rentas, que en el caso estadounidense son las remesas de los EP y las rentas o ganancias inmobiliarias. Se busca con esta política que haya mayor neutralidad entre la decisión de invertir a través de estos vehículos y de filiales, pues el *branch tax* se calcula sobre el “monto equivalente a los dividendos” (*dividend equivalent amount*) que se describe por las *Technical Explanations*<sup>884</sup> cómo el valor aproximado “de dividendos que una sucursal estadounidense habría pagado durante el año si la sucursal hubiera sido operada como una sociedad subsidiaria separada.”<sup>885</sup>

En definitiva, varios CDI permiten expresamente la imposición de las remesas de beneficios del EP a su casa central, también llamada imposición complementaria en España, y de forma genérica en la literatura anglosajona como *branch tax*. Canadá es un país con una larga tradición en ese sentido, pues en 2012 setenta y cinco de sus CDI tenían cláusulas de esa naturaleza, que por lo general crean un tipo limitado específico para la esa exacción y que mantiene el mismo porcentaje previsto para los dividendos<sup>886</sup>. Con lo dicho, parece evidente que la práctica convencional de algunos países, por razones de neutralidad, han asignado el gravamen previsto en el art. 10, en especial su apartado 2, a las rentas que

---

<sup>884</sup> Las *Technical Explanations* son explicaciones, de carácter unilateral, hechas por los Estados Unidos a su Modelo de Convenio.

<sup>885</sup> MCEUA, *Technical Explanations*, art. 10, paragraph 8, p. 38. Ello basado en el *Internal Revenue Code* § 884(a)

<sup>886</sup> BROWN & O'BRIEN 2012: p. 217. El Convenio entre Canadá y España de 1981 indica que pese: “a las demás disposiciones del presente Convenio: a) Una sociedad residente de España que disponga de un establecimiento permanente en el Canadá seguirá sujeta, de acuerdo con las disposiciones de la legislación canadiense, al impuesto suplementario sobre sociedades distintas de las canadienses, pero este gravamen no excederá del 15 por 100. b) Una sociedad con residencia en el Canadá que tenga un establecimiento permanente en España seguirá sujeta a la retención en la fuente de acuerdo con las disposiciones de la legislación española, pero este gravamen no excederá del 15 por 100.” Una regla similar en el CDI entre Colombia y Canadá de 2012. De forma muy similar al anterior, el CDI entre España y Panamá regula una tarifa del 0% con el cumplimiento de ciertos requisitos y del 5% en el resto de los casos. España y Arabia Saudí de 2008.

no encuadran dentro de la definición de dividendos prevista en el numeral 3<sup>887</sup>. Al tiempo, la separación de los EP de su casa central perseguida durante toda la historia del artículo de beneficios empresariales, y recientemente profundizada por el MCOCDE 2010, ha quedado incompleta respecto del segundo nivel de imposición, como se ha demostrado. Por ello, si lo que se pretende es tratar de forma idéntica a las filiales y a los EP se requeriría dar un paso más, y pasar a considerar dentro del art. 10 a un posible segundo nivel de imposición de los EP. Ello daría lugar a modificar la definición de dividendos prevista en el art. 10.3, que como hemos visto requeriría modificar además la de “sociedad” o, como lo hacen algunos de los CDI comentados, a incorporar un apartado especial que aplique lo dispuesto en el art. 10.2 MCOCDE a la imposición que resulte de la transferencia de los beneficios del EP. En éste último caso, habría que analizar igualmente el grado de asimetría que se cause en residencia por cuenta de las obligaciones convencionales.

## **1.6. DIFERENCIA ENTRE LOS BENEFICIOS DE LA ENTIDAD DISTRIBUIDORA Y LOS DIVIDENDOS PROPIAMENTE**

---

<sup>887</sup> La admisión de que el segundo nivel de imposición califica como beneficios empresariales se aprecia claramente en el Convenio entre España y Turquía 2004: “4. Los beneficios de una sociedad de un Estado contratante que realice su actividad en el otro Estado contratante a través de un establecimiento permanente situado en el mismo podrán, tras haber sido sometidos a imposición en virtud del artículo 7, someterse a imposición sobre el importe restante en el Estado contratante en el que esté situado el establecimiento permanente y de conformidad con la legislación de ese Estado, pero en tal caso este impuesto no podrá exceder: a) En el caso de Turquía: i) Del 5 por ciento del importe restante cuando los beneficios de una sociedad estén gravados tal como se especifica en el apartado 5; y ii) Del 15 por ciento sobre el importe restante en todos los demás casos; b) En el caso de España, el 5 por ciento sobre el importe restante. 5. A los efectos de los apartados 2 y 4, se considera que los beneficios han estado gravados en Turquía, cuando no hayan resultado exentos y estén sujetos al tipo general del Impuesto sobre Sociedades (Kurumlar Vergisi).” Por ejemplo, el CDI entre España y Tailandia de 1997, siguiendo la redacción del art. 10.5 del MCOCDE de 1977, agrega que “Este párrafo no impedirá a un Estado Contratante, cuando así lo prevea su legislación, someter a imposición los beneficios del establecimiento permanente situado en ese Estado que sean transferidos, si bien, dicho impuesto no podrá exceder del porcentaje previsto en el párrafo 2 de éste artículo.” En un sentido similar España y Túnez; Esta norma no resuelve el tema de la discriminación, pero podría decirse que tácitamente admite el tratamiento diferenciado y además aplica a la imposición complementaria el mismo tratamiento de los dividendos pero sin necesidad de modificar la definición de dividendos. La admisión del tratamiento diferenciado queda mucho más clara en el CDI entre España e Indonesia de 2000 que en el art. 10.6 indica: “No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, cuando una sociedad residente de un Estado contratante tenga un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, los beneficios del establecimiento permanente pueden someterse a un impuesto adicional en ese otro Estado con arreglo a su legislación, pero dicho impuesto adicional no podrá exceder del 10 por 100 de los beneficios una vez deducidos de los mismos el impuesto sobre la renta, así como otros impuestos sobre la renta que graven los mismos en ese otro Estado.” De forma similar España-Kazajstán 2011; España y Trinidad y Tobago 2009;



Una vez se crea la ficción de la sociedad y de que la renta que obtiene el socio deriva de las participaciones sociales y no de su fuente original se requiere diferenciar entre los beneficios de la entidad y los dividendos propiamente. Esto ha generado dificultades que se han reflejado en la práctica convencional y en la jurisprudencia. La diferenciación se requiere en el numeral segundo del art. 10, que en el párrafo final indica “este apartado no afecta la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos.” Este precepto busca aclarar que los límites a la imposición en el Estado de la fuente sólo aplican para las rentas consideradas dividendos, pero no aquellos tributos cuyo sujeto sea la sociedad y que graven sus beneficios, pues en últimas no se puede impedir que un Estado grave a su entidad residente. De esa forma, es fácil afirmar que cuando la sociedad se encuentra sujeta como responsable, sucesora u obligada a realizar pagos a cuenta<sup>888</sup> de un tributo cuyo contribuyente es el socio, los límites convencionales son aplicables. Más difícil podrían ser los casos de sustitución o, siguiendo los conceptos utilizados por HARRIS, aquellos en que la imposición de las rentas de la sociedad se da al distribuir los beneficios a los socios como un tributo en cabeza de la entidad distribuidora. Ello ocurre sistemas como el mexicano<sup>889</sup>, argentino<sup>890</sup>, indio<sup>891</sup> y surafricano<sup>892</sup>, aunque en estos últimos dos países el gravamen se aplica de forma general con independencia de que los beneficios no hayan sido gravados<sup>893</sup>.

En Colombia el problema ha sido también complejo, pues el sistema de eliminación de la doble imposición supone que las rentas que no han pagado el impuesto sobre la renta en cabeza de la sociedad, tributarán en cabeza de los socios, salvo que el beneficio tributario expresamente se extienda a estos últimos. Ello ha llevado a que en casi todos los CDI se trate de aclarar, con mayor o menor éxito, los límites que impone el apartado 2 del art. 10 a esas rentas atribuidas al receptor de los dividendos, pero que no han sido sometidas al gravamen subyacente en la sociedad. Así, los convenios de Colombia con España y Chile consagran en los respectivos Protocolos, una regla inadecuada y carente de claridad, que

---

<sup>888</sup> Sobre estos conceptos ver art. 35 y ss. LGT española.

<sup>889</sup> art. 11 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México

<sup>890</sup> art. 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias de Argentina.

<sup>891</sup> S. 1150 Income Tax Act, 1961 de India.

<sup>892</sup> S. 64B Income Tax Act, 1962 de Suráfrica.

<sup>893</sup> HARRIS 2013: p. 233-234.

puede llevar a que los dividendos que provengan de distribuciones que no han tributado en cabeza de la sociedad y que se reinviertan en la misma actividad productora de renta en un término no inferior a tres años, reciban la reducción de retención en la fuente prevista en los convenios. Esto genera cuestionamientos de discriminación (en términos constitucionales, del CDI y del GATT) y al principio de nación más favorecida, si se compara con la situación de los residentes en Colombia y otros países<sup>894</sup>.

El Convenio entre Colombia y Canadá, que contiene una redacción similar al de Colombia y Corea, es mucho más claro, al indicar que:

“cuando una sociedad residente en Colombia no haya pagado el impuesto sobre la renta las utilidades que se repartan a los socios o accionistas por tener una exención o por exceder el límite máximo no gravado [...], el dividendo que se reparta podrá someterse en Colombia a la tarifa del 15 por ciento, si el beneficiario efectivo del dividendo es un socio o accionista residente en Canadá.”<sup>895</sup>

Por su parte, el Convenio de Colombia con Suiza no contiene una regulación similar a las adiciones recién analizadas, lo que ha supuesto un debate de si la retención de las utilidades no gravadas en cabeza de la sociedad, pero que resultan sujetas en cabeza del socio, deben retenerse a la tarifa general prevista en el derecho interno (del 25%) o la tarifa limitada (del 15 o 0%) prevista en el CDI<sup>896</sup>. La cuestión, si bien tiene como base la norma interna, a nivel convencional supondría la discusión de si el inciso final del art. 10.2 del CDI impediría limitar el poder de Colombia para gravar los beneficios de la sociedad. En otras palabras, se debe discernir si el gravamen recae sobre los dividendos propiamente o sobre los beneficios que le dan origen<sup>897</sup>. Una aproximación literal a la norma permitiría concluir que el citado art. 10.2 “no afecta la imposición de la sociedad”, de manera que si el gravamen que se analiza recae sobre los socios por sus dividendos, y no sobre la entidad distribuidora, se aplicarían los límites convencionales a la retención en la fuente.

---

<sup>894</sup> CUBIDES 2010: p. 81; CASTRO 2011: p. 537 y ss.

<sup>895</sup> De forma muy similar el Convenio entre Colombia y Corea.

<sup>896</sup> CUBIDES 2010: p. 81; CASTRO 2011: p. 537 y ss.

<sup>897</sup> CUBIDES 2010: p. 83 y 84.

Una aproximación literal se encuentra en la jurisprudencia británica. El *Advance Corporate Tax* (ACT) vigente hasta 1999 en Irlanda y Reino Unido, era un tipo de impuesto compensatorio que permitía la atenuación de la doble imposición económica y facilitaba el cobro del impuesto sobre los dividendos, pero generaba problemas a la hora de distinguir entre el impuesto sobre los beneficios de la sociedad y el de los dividendos de los socios. De hecho, la jurisprudencia Australiana entendió que el ACT no era un impuesto sobre los dividendos<sup>898</sup>. El ACT se generaba en cabeza de la entidad distribuidora cuando había un reparto de beneficios y se calculaba como una fracción de los mismos. La regulación permitía que dicha entidad lo compensara o acreditara contra el impuesto de sociedades (*mainstream corporation tax bill*) ya que se consideraba como un pago a cuenta. Además, como se trataba de un sistema de integración, los accionistas quedaban facultados para acreditar, usualmente, el mismo monto del ACT en la cuota tributaria del impuesto sobre la renta<sup>899</sup>.

En el caso *Woodend (K.V. Ceylon) Rubber and Tea Co. Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue*, de 29 de abril de 1970 se analizó el alcance del artículo de dividendos contenido en el CDI entre Sri Lanka y Reino Unido de 1950<sup>900</sup> respecto de un impuesto que recaía sobre la sociedad, pero que se generaba por el pago de dividendos, equivalente al 33.3% de los beneficios de la empresa y que se sobreponía al 45% del impuesto general sobre las sociedades. De esta forma, el impuesto no estaba construido como un impuesto a los dividendos, sino a la distribución de utilidades, por lo cual, quedaba por fuera de la

---

<sup>898</sup> Case L23 (1979) 79 A.T.C. 110 (Board of Review), citado por: BAKER 2000: nos. 10B-07.

<sup>899</sup> Sobre el funcionamiento del sistema ver: HARRIS 1996: p. 769-789; BAKER 2000: nos. 10B-07.

<sup>900</sup> "Article VI: Where a company which is a resident of one of the territories derives profits or income from sources within the other territory, there shall not be imposed in that other territory any form of taxation on dividends paid by the company to persons not resident in that other territory, or any form of taxation chargeable in connection with or in lieu of the taxation of dividends, or any tax in the nature of an undistributed profits tax on undistributed profits of the company, whether or not those dividends or undistributed profits represent, in whole or in part, profits or income so derived.

Article XVIII: (1) The resident of one of the territories shall not be subjected in the other territory to any taxation or any requirement connected therewith which is other, higher or more burdensome than the taxation and connected requirements to which the residents of the latter territory are or may be subjected. (2) The enterprises of one of the territories shall not be subjected in the other territory, in respect of profits attributable to their permanent establishments in that other territory, to any taxation which is other, higher or more burdensome than the taxation to which the enterprises of that other territory, and in the case of companies, to which enterprises of that other country incorporated in that other territory, are or may be subjected in respect of the like profits.

(3) In this article the term "taxation" means taxes of every kind and description levied on behalf of any authority whatsoever."

exención prevista por el Tratado para los socios, a pesar de que el efecto económico fuera el mismo. El juzgador da entonces prevalencia a una interpretación literal del CDI<sup>901</sup>. El Tratado en que se fundamentó la decisión no contenía los caracteres de los CDI contemporáneos y, si los hubiera tenido, la cuestión quizá versaría más en si el artículo 24 MCOCDE pudiera limitar o no el alcance del impuesto sobre la distribución, ya que sólo aplicaba cuando se distribuía a no residentes. En conclusión, dado que el contribuyente del impuesto era la entidad distribuidora y no el receptor de los dividendos, existe un obstáculo para aplicar el art. 10.2 MCOCDE.

Sin embargo, la cuestión debe ser analizada con detalle, puesto que si la entidad distribuidora no es el contribuyente, pero si un obligado tributario que satisface el tributo cuyo hecho imponible realiza el socio o partícipe, los límites al gravamen en el Estado de la fuente deben aplicarse. Un problema de éste tipo se ha presentado en India donde el sistema de imposición supone las distribuciones de beneficios generan un tributo que, por el sistema de recaudación, satisface la sociedad, pero cuyo sujeto pasivo son los beneficiarios efectivos de los dividendos. Es por ello que a pesar de ser un impuesto pagado por la entidad distribuidora de dividendos, se aplican los límites previstos en el artículo equivalente al 10.2 del MCOCDE en los CDI suscritos por ese Estado<sup>902</sup>.

Finalmente, debe mencionarse el caso *Volkswagen*<sup>903</sup> conocido por la *High Court* en Suráfrica, en el que se analiza un impuesto secundario del 12.5% que recaía sobre las entidades distribuidoras de dividendos (*secondary tax on companies*). El tributo fue

---

<sup>901</sup> "The extra tax of 33½ per cent is a tax to which the company is made liable when dividends have been distributed and is, as a matter of construction, a further tax on its profits additional to the 45 per cent. The dividend, in a sentence, is not the subject matter of the extra tax; but the condition of its being levied; and this is so despite the provisions for recoupment by the company of the tax, and the set-off by the taxpayer. True it is, that the financial effect of the whole operation is the same as it would have been if the charge to tax had been directly upon the dividend, and the section had made this tax collectible by the company. But the financial effect of an operation is not necessarily its legal effect. In their Lordships' view the legal effect is as above expounded; and leads to the conclusion that the extra tax paid by a non-resident company in Ceylon where it has made remittances abroad cannot be said to be "taxation chargeable in connection with or in lieu of the taxation of dividends." IBFD, *Tax Research Platform*.

<sup>902</sup> Ello ha llevado a que en los nuevos CDI no se haga la distinción entre dividendos de inversión directa e indirecta. SENGUPTA 2012: p. 581-582.

<sup>903</sup> Suráfrica, High Court Volkswagen of South Africa (Pty) Ltd v. The Commissioner for the South African Revenue Service, 70 SATC 195, 21 April 2008. Un análisis de la sentencia en HATTINGH 2009b: p. 442 y ss.

incorporado en el año 1993 y desde 1995 hasta el 2009 reemplazó económicamente a una antigua retención en la fuente sobre los dividendos (por sus siglas en inglés NRST), cuyos sujetos pasivos eran los receptores de las distribuciones. Pues bien, dadas esas características del tributo, la compañía de vehículos entendió que el impuesto secundario era de naturaleza idéntica o análoga a la derogada retención, de manera que en virtud del artículo equivalente al 2 del MCOCDE, el Convenio se aplicaría para restringir la imposición al monto máximo estipulado por el CDI para los dividendos, que equivaldría al 7.5% cuando hay participación sustancial. El contribuyente afirmó que el impuesto se causa con la declaración de dividendos, siendo ésta la esencia del hecho imponible. Al tiempo, dado que la obligación tributaria reduce el monto máximo de renta distribuible disponible para el pago al accionista, debe entenderse que es sustancialmente similar al tipo clásico de retención en la fuente.

La Administración y la *High Court* entendieron que el impuesto secundario recae sobre la entidad distribuidora, pues se calcula sobre los dividendos reales, pero se cuantifican sobre un monto neto global de las distribuciones y no sobre los dividendos de cada receptor, como ocurre con la retención clásica. Para el juzgador, el impuesto secundario se aplica sobre todos los contribuyentes, y no implica que en la declaración se haga una reducción del neto de los dividendos pagados a cada receptor, pues simplemente afecta a las utilidades distribuibles. En definitiva, la sentencia destaca que el impuesto sobre los dividendos recae sobre los receptores, mientras que el de los beneficios empresariales sobre la entidad distribuidora de dividendos, de manera que el artículo 10.2 MCOCDE favorece sólo a los primeros<sup>904</sup>.

---

<sup>904</sup> HATTINGH 2009b: p. 442 y ss.

## **2. PARTICIPACIONES SOCIALES**

La definición de dividendos prevista en los Convenios que siguen al MCOCDE requiere delimitar el activo fuente de la renta. La doctrina lo llama genéricamente “participaciones sociales”, aunque lo cierto es que los CDI se refieren a “las acciones”, “las acciones o bonos de disfrute”, “las partes de minas”, “las partes de fundador”, los “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” y las “otras participaciones sociales”. Pues bien, quienes denominan con una misma categoría a todos los activos enumerados emplean criterios generales e intrínsecos para toda la definición de dividendos convencional, que, suelen fundamentarse en características similares a las usadas para diferenciar entre endeudamiento y fondos propios en el Derecho Privado y Tributario internos de los Estados.

Asumiendo que existe una *summa divisio* de los instrumentos financieros, el problema que se plantea en este apartado consiste en determinar si los CDI se refieren a la fuente de los dividendos según el significado preciso de los activos caracterizados en las tres partes de la definición del art. 10.3 y según el derecho mercantil interno, o si, por el contrario, se trata de un listado del que se pueden inferir unas características esenciales que permitan deslindar a las participaciones sociales de los derechos de crédito, categoría de activo que se utiliza para definir intereses en el art. 11 del Modelo. El problema así planteado es importante por la ausencia de neutralidad en los regímenes fiscales asociados a los intereses y a los dividendos, tal como se comprobó en el Capítulo I<sup>905</sup>, y ante los híbridos financieros cuya ordenación mezcla las características propias de las obligaciones con las del capital, y produce una incoherencia total o parcial entre las propiedades económicas del instrumento y la clasificación que suscita su forma jurídica<sup>906</sup>.

### **2.1. LAS RELACIONES ENTRE LAS TRES PARTES DE LA DEFINICIÓN**

#### **2.1.1. LAS DIFICULTADES DE ENCONTRAR UN SIGNIFICADO ÚNICO**

---

<sup>905</sup> Destacando la contundencia de la diversidad de tratamiento fiscal de los intereses y los dividendos. vid. BROWN 2012: p. 28.

<sup>906</sup> vid. DUNCAN 2000: p. 21-34.

Gracias a la gran difusión de la obra de VOGEL, la doctrina en general entiende que la definición de dividendos gira alrededor del concepto de “participaciones sociales”, en lo que se ha llamado la teoría de la proyección (*projection theory*)<sup>907</sup>, y que consiste en que la primera parte del art. 10.3 del Modelo contiene solo un listado ejemplificativo de las mismas, y las partes segunda y tercera hacen referencia a “otros derechos” y “otras participaciones sociales”, lo cual expresaría que todas son de una naturaleza similar. Esa misma conclusión se podría extraer de los CMOCDE (párr. 1 a 3, 23, 24, 26 y 27 al art. 10). En definitiva, el término “participaciones sociales” proyectado sobre la primera y segunda parte de la definición tendría un sentido amplio de acuerdo con su función, que es distinguir entre los derechos que dan lugar a dividendos y los derechos de crédito que producen intereses. En ese sentido, se debería analizar el riesgo asumido por el inversor, los derechos económicos otorgados al mismo y la posibilidad de deducir los pagos de la base imponible de la entidad financiada<sup>908</sup>.

Sin perjuicio de que en esta Tesis se acepte que de algún modo todos los derechos previstos en el artículo son “participaciones sociales”, no parece razonable que se restrinja a la primera y segunda parte, pues cada una de ellas es gramaticalmente independiente de las otras. Además, no deja de ser cuestionable que al interpretar los CDI se asigne a la expresión referida características que no provienen de un lenguaje fiscal internacional y que, más bien, como lo ha señalado la doctrina, parecen ser una proyección de los criterios distintivos entre deuda y capital en la legislación alemana<sup>909</sup>.

Por ello, la explicación descrita por VOGEL contradice su propia afirmación de que existen tres partes de la definición. Como se pretende demostrar en este trabajo, en efecto existen

---

<sup>907</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 185, 188 y 189; adoptada con matices por: GIULIANI 2002: p. 11 y 14; EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; SIX 2009: p. 23; HELMINEN 2010: p. 175; GALLO 2012: p. 475; y, BÄRSCH 2014: p. 435.

<sup>908</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 185, 188 y 189. VOGEL indica que el receptor de dividendos debe aceptar un riesgo empresarial que corresponda al de un accionista ordinario. El riesgo sobre el crédito del retorno no es determinante, pues los préstamos participativos lo asumen y no por eso son dividendos. Para el autor alemán el riesgo empresarial que asume el socio es la posibilidad de pérdida de la inversión que se compensa con la participación en las ganancias de la liquidación. Afirma además que el criterio de la deducibilidad debe ser utilizado sólo como un elemento más y no ser determinante para todos los casos, pues existen estados que permiten deducir las distribuciones de beneficios.

<sup>909</sup> PIJL 2011: p. 492; BÄRSCH 2012: p. 101-102.

tres partes con alcances diferentes. Sería válido preguntar ¿para qué afirmar que la definición contiene tres partes y luego decir que existe un solo factor definitorio (i.e. las participaciones sociales entendidas como derecho a participar en el remanente de la liquidación)? Además, la posición planteada no se adecúa a los criterios de interpretación gramatical y sistemática de los CDI estudiados en el Capítulo II. De un lado, gramaticalmente podría argumentarse en contra de VOGEL y de quienes se basan en él<sup>910</sup> que el segundo elemento se refiere a “...otros derechos...” que no deben estar condicionados por las características generales de los activos incluidos en la parte primera, ni por el término “participaciones sociales” mencionado en la tercera. La palabra “otro/a” según la primera definición del RAE significa: “Dicho de una persona o de una cosa: Distinta de aquella de que se habla”. Por ello, la razón gramatical expuesta por VOGEL no es concluyente respecto del segundo elemento, pues como lo indica con acierto PIJL, la palabra “otro” (*other*) es lingüísticamente ambigua<sup>911</sup>.

Ahora bien, al tiempo que existen Comentarios al Modelo en la misma línea de VOGEL, es igual de cierto que el segundo elemento se incorporó por el WP12 para comprender otros derechos que no encajan con precisión dentro de los referidos en la primera parte de la definición, y cuya única caracterización confirmada por la historia sería que se trataran de “títulos valores” o “valores negociables”, redacción que fue cambiada a ser “derechos” que dan lugar a participar en beneficios, pero que no son de crédito. Además, VOGEL da un papel de contexto, en alguna medida valor normativo, a los CMOCDE, lo cual, como se sabe, no es de plena aceptación por la doctrina, más aún cuando tales Comentarios no son coherentes, ni se acompañan con una interpretación gramatical del texto que pretenden aclarar, como ocurre con lo aquí estudiado.

En efecto, a pesar de que el párr. 24 al art. 10 MCOCDE entiende que la primera parte de la definición del art. 10.3 “asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos: es el caso, por ejemplo, de las “acciones o bonos de disfrute”, partes de fundador y otros derechos con

---

<sup>910</sup> GIULIANI 2002: p. 68; EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; SIX 2009: p. 23; HELMINEN 2010: p. 46; GALLO 2012: p. 475; BÄRSCH 2014: p. 435.

<sup>911</sup> PIJL 2011: p. 490.



participación en los beneficios...”, lo cierto es que de la redacción del artículo no se desprende que la exclusión de los derechos de crédito se extienda a la primera parte. Una interpretación histórica demuestra que la segunda parte de la definición fue desligada de la primera para incorporar un criterio abierto de fuentes de los dividendos. De esta forma, el párr. 24 al art. 10 sería entonces válido para entender cómo redactar la definición de dividendos en un CDI (*lege ferenda*), pero no para interpretar el concepto de dividendo en un Tratado que ha seguido estrechamente la redacción del Modelo (*lege lata*)<sup>912</sup>.

Por su parte, el párr. 23 de los Comentarios al artículo 10 revela algo contrario al párr. 24 recién citado, al indicar que:

“Dada la diversidad de legislaciones de los países miembros de la OCDE, no es posible ofrecer una definición completa y exhaustiva del concepto de dividendo. Por ello, la definición del artículo se limita a mencionar los ejemplos que figuran en la mayor parte de estas legislaciones y que, en todo caso, no son tratados en ellas de manera diferente. **La e era se e a a r a e era**. Con ocasión de la revisión del Proyecto de Convenio de 1963 se emprendió un estudio completo con el fin de encontrar una solución en la que no se hiciera referencia a la legislación interna. En los términos de este estudio no pareció posible, dadas las divergencias que subsisten entre los países miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria, ofrecer una definición de dividendos independiente de la legislación interna. Mediante las negociaciones bilaterales los Estados contratantes pueden tener en cuenta las particularidades de sus legislaciones y convenir la ampliación de la definición de “dividendos” a otros pagos hechos por las sociedades a las cuales se aplica el artículo.” (negrilla nuestra)

Como se aprecia, el Comentario reconoce las tres partes de la definición. Inicialmente menciona ejemplos de varias legislaciones tratados igual que las acciones. No se duda acerca de qué pasa cuando esos “ejemplos” no tienen el mismo tratamiento fiscal, y pareciera entonces que se ratifica la idea de que se debe analizar en las negociaciones si es así. Luego añade que la enumeración se “completa [o, con más precisión en la traducción, “...continúa...”] con una fórmula general”<sup>913</sup>, dando a entender que es un criterio amplio en

---

<sup>912</sup> Este problema es muy común con los CMOCD, pues es difícil saber en muchos casos si el comentario está dirigido a los negociadores o los intérpretes. En este caso es evidente que los derechos enumerados en la primera parte solo deberían ser incluidos en la definición si son derechos de crédito, pero la incorporación no corresponde al intérprete quien está sometido al criterio gramatical, sino al negociador de cada CDI.

<sup>913</sup> En inglés se lee “followed up by a general formula”.

la definición, que añade nuevos derechos, y no que supone una restricción a los anteriores. Ello se evidencia en la construcción gramatical del Comentario, pues utiliza la frase en negrilla entre un punto seguido y otro punto seguido, lo cual significa que es un elemento distinto tanto a lo enunciado antes, como a la remisión que se refiere después. La historia también prueba esta posición pues, como se expuso, los redactores del WP12 tenían claro que debían comprender en la definición otros intereses en compañías, partiendo de la base de que los enunciados en la primera parte cumplían con esa fórmula general. Por ello, es fundamental la idea del párr. 24 según la cual la enumeración puede ser adaptada a las situaciones de los estados contratantes y ello será necesario en relación con las rentas de las acciones de disfrute y las partes de fundador. Se concluye entonces que la primera parte puede ser interpretada sin atender a esa fórmula general, que sería la segunda parte de la definición.

Es más, el primer elemento, al referirse a las acciones, acciones o bonos de disfrute, las participaciones mineras y las partes de fundador, podría no estar haciendo un listado positivo o ejemplificativo. Es posible que asuma una perspectiva jurídico-mercantil formal para repartir la potestad tributaria sobre los términos más comunes encontrados en los ordenamientos internos. Los vocablos utilizados no tienen un significado definido por el propio CDI: siguiendo las reglas de interpretación contenidas en el art. 3.2 MCOCDE, lo propio será analizar el contexto de los términos y, subsidiariamente, la legislación interna dando preferencia a las normas tributarias sobre las demás. Lo más usual es que estos términos no contengan una definición tributaria y que, en consecuencia, deba acudir al significado mercantil del Estado de la fuente. Dada la literalidad del precepto, es perfectamente posible argumentar, de acuerdo con las reglas de interpretación de los CDI, que se trata de una aproximación meramente formal y que la norma describe una serie de conceptos que encontrarán un significado en la legislación mercantil del Estado de residencia de la entidad. Por ello, la tesis de VOGEL puede no ser seguida en la práctica administrativa y jurisprudencial pues, como lo ha reconocido HARRIS, se trata de una perspectiva extrema<sup>914</sup>.

---

<sup>914</sup> HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.4.1. y nota 352. Aunque el autor no dice tajantemente que asuma una perspectiva formalista, en el sentido de entender que cualquier acción bajo el derecho mercantil interno del

La aproximación formalista a las participaciones sociales de la primera parte de la definición puede parecer inadecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa, pero recuérdese que el MCOCDE específicamente resalta la importancia de que los negociadores de los CDI verifiquen si dichos derechos existen en las legislaciones internas y si tienen el régimen fiscal de las acciones<sup>915</sup>. Si no se tiene esa precaución, pueden surgir conflictos interpretativos pues, como se ha descrito, habrá quienes defiendan la idea de un concepto intrínseco en la definición, y quienes defiendan una interpretación literal según el significado dado por la legislación interna. Sentarse en la posición de un negociador para pensar en alternativas para el reparto de la potestad tributaria podría servir para entender que, en muchos casos, importa otorgar un tratamiento tributario diferente a aquellas rentas que suponen una inversión en la entidad que otorgue el carácter de propietario y no de mero acreedor. En la medida en que los conceptos más depurados para definir esa condición de propietario suelen ser los mercantiles, el uso de estos en los CDI podría estar justificado por esa finalidad. En cualquier caso, la referencia a los documentos de las negociaciones podría servir para justificar esta aproximación. En definitiva, es evidente que las relaciones entre las tres partes de la definición de dividendo en el MCOCDE están lejos de ser claras y que resulta difícil construir un significado intrínseco de la misma, al menos desde una perspectiva internacional abstracta, desligada del caso concreto y de las legislaciones internas.

En efecto, no existe a nivel de las legislaciones internas, ni a nivel internacional, uniformidad en la distinción de las “participaciones sociales”, pues si bien se puede admitir la existencia de la *summa divisio* entre endeudamiento (obligaciones) y el capital social (formado por acciones o participaciones), las líneas divisorias son diferentes respecto de cada precepto que requiera diferenciar las categorías. Los términos que acabamos de utilizar para referirnos a cada categoría tienen origen en el Derecho Privado, en especial el

---

Estado de la fuente sea generadora de dividendos, parece que no está muy de acuerdo con el requisito de la participación en beneficios o en el remanente de la liquidación.

<sup>915</sup> “Having regard to these differences, it should be within the purview of bilateral agreements to determine whether income from “jouissance” shares and founders’ shares should be regarded as dividends within the meaning of the Model Convention”. OECD, CFA/WP1(73)2. Australia e India plasmaron su posición en el MCOCDE como estados no miembros, según la cual modificarán la definición para excluir derechos enumerados en la definición que no son conocidos por la legislación interna.

Derecho Mercantil que asigna tratamiento diferenciado en los derechos que emanan de cada una de estas categorías<sup>916</sup>. Sin embargo, con la intención de proteger los intereses de los acreedores y los socios, las denominaciones y criterios distintivos varían. Es así como por medio de los libros de comercio –la contabilidad– se busca reconocer la prevalencia de la sustancia sobre la forma, lo cual lleva a integrar en el concepto de patrimonio neto, además del capital social, a algunos derivados financieros<sup>917</sup> y a excluir las participaciones con características de pasivo financiero, esto es, aquellas que establezcan una obligación contractual para el emisor de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos financieros en condiciones que le sean potencialmente desfavorables<sup>918</sup>. El legislador mercantil español ha sido consciente de que las calificaciones contable y mercantil de un instrumento no siempre deben coincidir, por lo cual ha especificado el concepto de patrimonio neto a efectos de decretar dividendos, reducir el capital y las causales de disolución y liquidación<sup>919</sup>. Igualmente, a efectos del derecho de insolvencia, los criterios de subordinación<sup>920</sup> o del derecho financiero y bancario<sup>921</sup>, el reconocimiento

---

<sup>916</sup> Sobre las características típicas de los instrumentos de capital y de deuda vid. FERNÁNDEZ DEL POZO 1992: p. 11 y ss.; DUNCAN 2000: p. 27-29; PAZ-ARES 2006: p. 647; HELMINEN 2010: p. 166-167; BÄRSCH 2012: p. 2010; BROWN 2012: p. 32; ZABURAITÉ 2012: p. 13 y ss. Mientras en las obligaciones la autonomía privada es amplia, respecto de las participaciones en el capital suele estar restringida a un catálogo legal. Las restricciones son mayores en los países con tradición del *civil law* que en los del *common law*. vid. PEÑAS MOYANO 2008: p. 123-162; SCHÖN 2009: p. 89; VILLACORTA HERNÁNDEZ 2011: p. 59. Sobre la tendencia a flexibilizar el derecho societario: REYES VILLAMIZAR 2009: p. 10-38. El autor describe las experiencias en Francia (adoptado en 1994), Brasil (2001), Chile (2007) y Colombia (2008).

<sup>917</sup> Norma 9ª PGC: 3. Las opciones y certificados de opciones para suscribir títulos (*warrants*) de patrimonio de una entidad harían parte del patrimonio siempre que su liquidación obligatoriamente deba hacerse en un número fijo de instrumentos de capital. Norma de reconocimiento: NIC 39.2.d.; Norma de presentación: NIC 32.16b; Ejemplos en NIC 32: Apéndice GA26. Reconocimiento y valoración de instrumentos compuestos: CUNNINGHAM 2005: p. 341.

<sup>918</sup> Norma 9ª PGC: 3.; Norma de reconocimiento: NIC 39 GA31. Norma de presentación: NIC 32.18.b. vid. Comité de Interpretaciones de Información Financiera del IASB no. 2.6-8. KPMG 2006: p. 761.

<sup>919</sup> El Marco Conceptual de las NIIF define al patrimonio neto como la participación residual en los activos netos de una entidad (.49(c)). Esta definición coincide con la del art. 36 del Código de Comercio español, pero que para proteger el requisito de la integridad del patrimonio se aclara que en la aplicación del art. 273 LSC sobre la distribución de beneficios, 327 LSC sobre reducción obligatoria de capital social y 363 LSC sobre la disolución obligatoria por pérdidas, la cuantificación del patrimonio deberá atender a: “los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del **capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo**. También, a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto”.

<sup>920</sup> En el Derecho de Insolvencia términos similares a éste son utilizados para proteger a los acreedores sin vinculación con los socios o administradores. Por ejemplo, la Ley Concursal española (Ley 22/2003) art. 92.5 y 93. vid. WEINER & FERRÉ 2009: p. 223-244. Muchos de los préstamos incluidos son los que corresponde a una infra capitalización nominal. En relación con este concepto PAZ-ARES 2004: p. 253-269.

de varios tipos de recursos clasificados según su potencialidad de absorber pérdidas, dan cuenta de que no existe una sola línea divisoria entre las categorías de las fuentes de financiación<sup>922</sup>.

En general, las líneas divisorias utilizadas por las distintas normas y por las distintas jurisdicciones que conectan un instrumento, pueden adoptar criterios formales o sustanciales para analizar los instrumentos, que usualmente no coinciden en su resultado<sup>923</sup>.

En materia tributaria, por ejemplo, es común que los criterios diferenciadores contables y los criterios mercantiles internos de carácter formal sean relevantes en la calificación fiscal, bien sea como punto de partida<sup>924</sup> o como criterio determinante<sup>925</sup>. Algunos Estados utilizan

---

<sup>921</sup> La regulación financiera tiene la categoría de recursos propios y los clasifica en razón a su calidad, en: *core capital (Tier 1)*, *debt/equity capital instrument (Upper Tier 2)* y *subordinated term debt (lower tier debt)*. En general nos referimos a la regulación prudencial de Basilea. A nivel europeo y español los recursos propios son el capital social y otros rubros que tienen como característica fundamental servir plenamente para absorber pérdidas en situaciones normales y de concurso. Como se puede observar, la regulación prudencial es una matización del paradigma del binomio capital y endeudamiento, reconociendo que existen distintas categorías de fondos propios, es decir, de instrumentos con distintos niveles de garantía a los acreedores. En España ver el RD 216 de 2008, Modificado por RD 771/2011, de 3 de junio. A nivel europeo esto se ha reflejado en la clasificación de la nueva regulación europea: DIRECTIVA 2013/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE; REGLAMENTO (UE) N o 575/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n o 648/2012.

<sup>922</sup> Sobre la crisis del concepto clásico de capital social y la necesidad de crear otra categoría que comprenda aquellos recursos que financian los activos fijos, sirven de fondo de explotación y garantizar a los acreedores vid. FERNÁNDEZ DEL POZO 1992: p. 9-55.

<sup>923</sup> Los criterios formales le dan prevalencia al hecho de que el instrumento se haya creado o no conforme al Derecho de Sociedades, mientras que los criterios sustanciales verifican que las características económicas de los derechos se asemejen más o menos a los elementos de la forma más pura de endeudamiento o de capital. vid. SCHÖN 2009: p. 87-91. Se observa que en aquellos países con mayor libertad en la creación de instrumentos de capital el análisis tiende a ser más sustancial, mientras que los que siguen un sistema cerrado (clásico continental) dan más prevalencia a la forma, lo que resulta obvio, teniendo en cuenta que las características económicas del mismo vendrán dadas por la Ley. BROWN 2012: p. 32.

<sup>924</sup> Ello se concluye en un importante análisis de los sistemas de Australia, Alemania, Italia y Países Bajos BÄRSCH 2012: p. 322. Por otro lado, un estudio del Instituto *Max Planck* liderado por SCHÖN analizó los sistemas tributarios internos de Austria, Alemania, Francia, Suiza Reino Unido y Estados Unidos concluyendo que las calificaciones mercantil de capital social o del ranking del instrumento en los procedimientos de insolvencia, no deberían ser relevantes a efectos tributarios desde un punto de vista teórico, pero de hecho lo son en los países estudiados. SCHÖN et al 2009: p. 95-99. Por su parte las NIC o las regulaciones financieras o bancarias juegan un papel menor papel.

<sup>925</sup> Por ejemplo, en Alemania, cualquier acción según el derecho privado califica como generadora de dividendos. SCHÖN et al 2009: p. 90-91; BÄRSCH 2012: p. 322.

análisis sustanciales basados en los derechos políticos<sup>926</sup> o en los derechos económicos<sup>927</sup>, bien sea como un “criterio único” o como análisis multifactoriales que involucren una serie de criterios<sup>928</sup>. De todas formas, la aplicación de la mera calificación contable o mercantil, con o sin matices al área fiscal, es una aproximación estrechamente ligada a la respuesta que cada jurisdicción dé al problema del uso de los conceptos jurídico-privados en el campo tributario. En resumen, los países utilizan los siguientes criterios para determinar las consecuencias en materia fiscal<sup>929</sup>:

**-Criterio de la remuneración:** mientras que el capital otorga el derecho a recibir una participación en los beneficios, los cuales dependen del resultado económico de la sociedad, el endeudamiento otorga un derecho a una remuneración fijada con antelación que no depende de los beneficios<sup>930</sup>. Es discutible si el criterio de la remuneración se refiere a la contingencia sobre el derecho a recibir el pago o al alea sobre el monto del mismo<sup>931</sup>.

**-Criterio de la devolución del principal:** los acreedores externos tienen prioridad para reclamar su crédito en caso de insolvencia, mientras que los accionistas y partícipes tienen un derecho al remanente una vez se ha satisfecho el endeudamiento. Además, los primeros tienen derecho a recibir el pago del principal al momento del requerimiento o del vencimiento de un plazo o condición. Se ha discutido si lo

---

<sup>926</sup> SCHÖN 2009: p. 87 y ss. Señala este autor que aunque resulten extrañas las razones que obligan a clasificar entre las fuentes de financiación en materia fiscal, algunos países lo hacen. En su criterio, a efectos impositivos, se deben analizar detalladamente las características del instrumento, teniendo como guía la *ratio* de las normas tributarias que son los derechos económicos.

<sup>927</sup> HELMINEN 2010: p. 168; BÄRSCH 2012: p. 322.

<sup>928</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos el análisis multifactorial tiene sustento legal en el *Internal Revenue Code*, Sec. 385(b). “(1) whether there is a written unconditional promise to pay on demand or on a specified date a sum certain in money in return for an adequate consideration in money or money’s worth, and to pay a fixed rate of interest, (2) whether there is subordination to or preference over any indebtedness of the corporation, (3) the ratio of debt to equity of the corporation, (4) whether there is convertibility into the stock of the corporation, and (5) the relationship between holdings of stock in the corporation and holdings of the interest in question”. Existe una amplia jurisprudencia que ha incluido otros factores. Un resumen de la historia de estos factores y la reciente tendencia a considerar un único factor en: GREENAWAY & MARION: p. 73-112. Estos autores consideran que la pregunta que realmente debe hacerse para delimitar los instrumentos de deuda de los de patrimonio es; “¿Las partes razonablemente esperan que los fondos sean devueltos en su totalidad? Todos los factores importantes que el análisis multifactorial trata abarcar – intención, solvencia (capacidad de endeudamiento), y riesgo- son capturados en una simple pregunta”. El Informe General de IFA del año 2012 concluye que los análisis multifactoriales generan inseguridad jurídica. vid. BROWN 2012: p. 34-35.

<sup>929</sup> SCHÖN et al 2009: p. 95-99; observan estos autores que el orden en que se han enlistado en el texto principal los criterios representa los grados de prioridad a nivel comparado. En la misma línea HELMINEN 2010: p. 169-170. BÄRSCH concluye en su trabajo prácticamente lo mismo que los anteriores autores, puesto que mientras que Italia da prevalencia al criterio de la remuneración, Australia al de la devolución del principal, mientras que Alemania y Países Bajos dan igual importancia a ambos, salvo cuando se refieren a la retención, donde la remuneración toma más peso. BÄRSCH 2012: p. 322; BROWN 2012: p. 32 y ss. Destacando la variedad de criterios de calificación DUNCAN 2000: p. 24-27.

<sup>930</sup> HELMINEN 2010: p. 169-170

<sup>931</sup> BROWN 2012: p. 34.

importante es la predeterminación del tiempo de maduración, o que el monto de la devolución se encuentre fijado, pero la subordinación de un crédito o los plazos extensos solo en unos pocos Estados pueden ser suficientes para clasificar un instrumento como generador de dividendos<sup>932</sup>. Muchos países que adoptan el “criterio único” asumen la devolución del principal como factor determinante en la distinción<sup>933</sup>.

**-Criterio de los derechos políticos:** los socios o accionistas tienen derechos políticos en la sociedad, tales como derechos de voto o de participación en la administración, mientras que los acreedores externos no los tienen<sup>934</sup>.

**-Criterio de la clasificación formal:** atiende a la clasificación formal que las partes hayan asignado al instrumento, como por ejemplo en el *nomen iuris* o el hecho de que se rija por las normas sobre el capital social del Derecho de Sociedades.

Más allá de que el criterio de la remuneración sea quizá el que mejor se adapte al principio de capacidad contributiva<sup>935</sup> y que el de la devolución del principal tenga las fronteras mejor delimitadas en el Derecho Privado e incluso en la contabilidad<sup>936</sup>, es evidente que cada uno de los enunciados puede llevar a respuestas distintas respecto de un instrumento híbrido. Además, debe tenerse en cuenta que la clasificación de los activos emitidos bajo el derecho extranjero puede resultar basada en criterios netamente mercantiles formales o

---

<sup>932</sup> BROWN 2012: p. 34.

<sup>933</sup> El Informe general de IFA del año 2012 concluye que se logra un mejor grado de certeza con la adopción del método del “único elemento”, que si bien permite, como el multifactorial, alejarse de la clasificación que tiene el instrumento en el derecho privado, busca su esencia en una sola característica definitoria. Así, resulta más fácil definir deuda que fondos propios hundiendo el análisis en el derecho privado, pues la primera será aquella que da derecho al inversor a la devolución del principal, el cual permanece incluso en las deudas sin plazo, pues está generalizada la idea de la imposibilidad de obligarse *ad eternum*. BROWN 2012: p. 33-34. El informe general destaca el reporte de Bélgica, donde se llega a esa conclusión a partir de un análisis del derecho privado. vid. VANOPPEN 2012: p. 122-129. SCHÖN et al 2009: p. 95-99. Para el trabajo liderado por SCHÖN, el criterio de devolución del principal es criticable y pareciera que defienden el criterio del establecimiento de un pago fijo para considerar una renta como intereses. Aunque esa idea se expone dentro del contexto normativo del Reino Unido, donde las cláusulas de participación en beneficios son para impedir la deducibilidad de los intereses, lo cierto es que en países como Austria, Alemania y Suiza, la mera participación en utilidades no da lugar a la prohibición de deducibilidad o a la recalificación del instrumento en capital. El trabajo entonces critica los criterios diferenciadores utilizados por las legislaciones internas, pero no ofrece una respuesta definitiva acerca de cuál debería ser ese criterio fiscal distintivo. Ya el Informe del año 2000 había señalado como algunos países adoptan el sistema de la única característica o único criterio. DUNCAN 2000: p. 30.

<sup>934</sup> HELMINEN 2010: p. 169-170. Incluso por fuera de la definición del MCOCDE, la jurisprudencia alemana ha sostenido que no existe una *silent partnership* (supuesto de fuente de los dividendos expresamente prevista en la definición) si no hay derechos de control pactados en el contrato. Alemania, *Finanzgericht Nordrhein-Westfalen* (Köln), Sentencia del 29 de abril de 1999, caso 2 K 3998/95. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>935</sup> SCHÖN 2012: p. 496-500.

<sup>936</sup> VANOPPEN 2012: p. 122-129; BROWN 2012: p. 33-34; En relación con la contabilidad los textos ya analizados de la NIC 39, la Norma 9ª del PGC, y CUNNINGHAM 2005: p. 341-

sustanciales, o tributarios<sup>937</sup>. Todo lo dicho permite concluir que no existe armonización a nivel internacional -y ni siquiera a nivel interno- respecto de los conceptos de participaciones sociales o los instrumentos de patrimonio.

### **2.1.2. LA SEGUNDA PARTE DE LA DEFINICIÓN NO CONDICIONA A LA PRIMERA**

Hans PIJL sostiene que la segunda parte de la definición no existe<sup>938</sup>; en su opinión, la mención a “u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” se enmarca en una estructura lingüística según la cual la condición de participar en beneficios afectaría todos los elementos contenidos en la primera parte de la definición, esto es, las acciones, acciones o bonos de disfrute, las participaciones mineras y las partes de interés. Ello sería así puesto que la conjunción “o” conecta los derechos que pertenecen al primer grupo. Además, en defensa de su tesis trae el citado párr. 24 varias veces comentado en este trabajo.

En consecuencia, concluye que las rentas de las acciones preferenciales que no den derecho a participar en beneficios no deben considerarse dividendos; lo cual, en otros términos, significa que el “mero carácter formal de un instrumento [...] no clasifica automáticamente a un instrumento dentro del artículo 10”. Ante tal resultado, el autor aclara que “si la acción no puede entrar dentro del primer grupo del artículo, sí podría caber dentro del segundo grupo, i.e. “otras participaciones sociales”, sujetas por la legislación interna al tratamiento de la renta [de las acciones]”. En caso de que el derecho interno no lo hiciera, las rentas de las acciones que no participan en beneficios no podrían calificar como “intereses” bajo el artículo 11, pues el instrumento no es un “derecho de crédito”. En definitiva, la citada renta no sería ni “dividendos” ni “intereses” a la luz del MCOCDE.

A nuestro juicio, la posición de PIJL podría ser criticada por las siguientes razones:

---

<sup>937</sup> DUNCAN 2000: p. 33 y ss.; HELMINEN 2010: p. 169-170; BÄRSCH 2012: p. 323; BROWN 2012: p. 34-35;

<sup>938</sup> PIJL 2010: p. 493 y ss. En igual sentido al autor neerlandés BÄRSCH 2014: p. 434-435.



-En primer lugar, porque desconocería la redacción de la versión francesa del Modelo que permite entender que solo los “otros derechos” requieren participar en beneficios, pues se utilizan los vocablos “parts bénéficiaires”. En español, francés e inglés, la redacción da a entender que las condiciones de participar en beneficios y no ser derechos de crédito se refieren sólo a los “otros derechos”. Así, incluso admitiendo que la lectura hecha por PIJL es válida, lo propio, como veremos a continuación, sería acudir a la historia del instituto jurídico estudiado para ver cuál de las lecturas tiene más sentido.

-En segundo lugar, es evidente que la introducción de la frase de la segunda parte de la definición de dividendos por el WP12 pretendió agregar otros derechos y no restringir los enumerados en la primera parte. De tal forma, la interpretación de PIJL se muestra contraria a la historia, pues tal como lo sustenta el Capítulo II, con la redacción se buscó incorporar una regla sustancial a partir de las características de participación en beneficios y no ser un derecho de crédito. No se quiso condicionar a los derechos enumerados atrás, pues la idea era agregar otros derechos. Además, hay autores que sostienen que la aclaración de no ser derechos de crédito se hizo para restringir la amplitud de la versión en inglés que indica “otros derechos”<sup>939</sup>.

-En tercer lugar, el argumento del autor es inconsistente, puesto que admite, por un lado, que la renta se calificaría como dividendo si encajase en lo que en esta tesis se llama la tercera parte de la definición; y, por otro lado, que, al ser amplio el concepto de participaciones, comprendería a las acciones preferenciales de su ejemplo. Con base en lo anterior, solo se justificaría que las rentas calificasen como dividendos si están “sujetas por la legislación interna al tratamiento de la renta”. Cabría entonces preguntarse ¿de cuál renta?, y la respuesta sería, como lo dice el modelo, “la de las acciones”. Acudiendo al aforismo latino *ubi lex no distinguet debetur*, el tratamiento de la renta de las acciones será

---

<sup>939</sup> AVERY JONES et al 2009: Nota al pie 68. Indican estos autores que esto se hace para corregir la diferencia de traducción del inglés al francés, ya que no significan lo mismo la palabra francesa “part” que la inglesa “rights”, en tanto que esta última comprende los derechos de crédito. “The exclusion for debt-claims is first found in a version of 23 May 1961 (FC (61)Iann) without any explanation for the change, but it is assumed that the drafting group made it because the general words “other rights participating in profits” were more general in English than parts in French and could have included creditor rights, which were not intended to be included on the change from the inappropriate reference to shares to other rights. In the same report, the definition of interest included “income from... bonds or debentures... whether or not participating in profits”.

tanto el de las acciones ordinarias, como el de las acciones preferenciales que tanto preocupan al autor. En definitiva, las rentas de las acciones ordinarias, así no participen en beneficios, siempre estarán sujetas como las rentas de las acciones (porque son acciones) y por tanto serán consideradas dividendos.

-En cuarto y último lugar, tal como lo reconoce la doctrina<sup>940</sup>, en la práctica es irrelevante el problema planteado por PIJL debido a que todos los derechos enumerados en la primera parte pueden participar en beneficios. Si se considera el caso hipotético planteado por PIJL, se desprendería de su argumentación que las rentas de una acción preferencial que no participa en beneficios y no es considerada un derecho de crédito, ni tratada como interés por la legislación del Estado de la fuente en los CDI que contengan la remisión del art. 11 MCOCDE de 1963, ni como dividendos según el art. 10 MCOCDE, terminarían calificándose como beneficios empresariales u otras rentas. A nuestro juicio, esta conclusión resultaría contraria a la intención de las partes al distribuir la potestad tributaria, en la medida en que, habiendo configurado dos reglas para abarcar las rentas pasivas de la financiación de empresas con un poder limitado en la fuente, que operasen como excepción a la tributación en la residencia de los beneficios empresariales, se verían obligadas a renunciar a su poder de imposición por el mero hecho de no gravar el rendimiento como los dividendos de acciones ordinarias.

## **2.2. PRIMERA PARTE: LA DIFICULTAD DE DOTAR DE CONTENIDO TRIBUTARIO Y CONVENCIONAL A LOS DERECHOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 10 MCOCDE**

La primera parte de la definición de dividendos utiliza términos propios de la legislación mercantil para definir el reparto de la potestad tributaria. Esto remite al clásico problema de los conceptos jurídico-privados en el presupuesto de hecho previsto por las normas tributarias<sup>941</sup>, pero que se ve potenciado por el hecho de que estas últimas tienen también la naturaleza de tratados internacionales que deben ser interpretados de acuerdo con la CVDT y el artículo equivalente al 3.2 del MCOCDE. De acuerdo con las reglas de solución de

---

<sup>940</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 6

<sup>941</sup> BÁEZ MORENO 2009: p. 117 y ss.

conflictos de calificación, las definiciones del Estado de la residencia se deben descartar, por las razones también mencionadas entonces, pero además porque las definiciones de “sociedad” y “dividendos” contienen sendas remisiones a la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora<sup>942</sup>. Considerando que sería difícil probar la existencia de un contexto que determine el significado autónomo convencional (pues como se ha mencionado las líneas divisorias varían entre legislaciones) y que no hay un Derecho internacional de sociedades que defina estos conceptos, las siguientes posibilidades interpretativas emergen:

a) Prevalencia del significado mercantil, bajo dos supuestos:

i) que la referencia a cualquiera de las participaciones mercantiles enunciadas en el artículo 10.3 MCOCDE se hizo para incluir aquellas que cumplan con el significado preciso previsto en la legislación interna del Estado de residencia de la entidad distribuidora; o,

ii) que la remisión normativa dinámica a la legislación mercantil interna del Estado de la residencia de la entidad distribuidora se creó para designar las participaciones en el capital de sociedades, lo cual admite cierta flexibilidad para comprender a los derechos con características similares a los enumerados incorporados en leyes posteriores.

b) Prevalencia del significado tributario: i.e., que se construyó una definición tributaria interna que comprendiera aquellas “participaciones” que generan rendimientos sujetos a un régimen fiscal especial en el Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Sobre esa base, podría ser metodológicamente acertado verificar el tratamiento tributario de todos los derechos enumerados, para así construir una categoría con las características comunes a todos.

En nuestro criterio la interpretación descrita en el literal b) tiene mayor fundamento en la autonomía del Derecho Tributario, pero lo cierto es que resulta extremadamente difícil extraer las características generales del tratamiento fiscal de aquellos derechos que aparecen en la primera parte, así como inferir sus características mercantiles, según se demostrará a continuación.

### **2.2.1. ACCIONES**

---

<sup>942</sup> HATTINGH 2009: p. 518. Este autor sugiere esta interpretación pero reconoce que está lejos de ser un asunto claro.

Bajo el derecho mercantil español y el de gran parte de la tradición jurídica del *civil law*, las “acciones” constituyen la participación en el capital social de una sociedad por acciones (sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones). Por lo general, son títulos valores o valores mobiliarios que pueden circular con facilidad y tiene un valor nominal asignado correspondiente a su aportación que expresa el porcentaje de participación. Se distinguen de las “participaciones sociales” (en España) o “cuotas sociales” (en Colombia) que son también partes del capital social, pero del de las sociedades limitadas o en comandita simple. A diferencia de las acciones, estas tienen una circulación más restringida y no suelen ser consideradas valores mobiliarios<sup>943</sup>. En cualquier caso, tanto las acciones como las participaciones sociales son “partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social”, tal como recuerda el art. 90 de la LSC en España. En otras legislaciones, como la colombiana, existen también las “partes de interés”, que son el capital de las sociedades colectivas y el fondo que se forma en las sociedades de hecho. En las sociedades comanditarias los socios gestores solo tienen un interés en la sociedad, pero no tienen, por esa mera condición, una participación en el capital.

En inglés el art. 10 MCOCDE utiliza la palabra “shares” que según el *Black's Law Dictionary* significa en su sentido más amplio “la parte correspondiente de la que se es propietario, se contribuye o se debe”. En un sentido más estricto, “es una de un número definido de partes iguales en las cuales se divide el capital social de una sociedad del tipo *corporation* o del tipo *joint-stock company*”<sup>944</sup> (...) Una acción representa el capital o el interés como propietario en una sociedad del tipo *corporation* o *joint-stock company*”<sup>945</sup>.

En la versión en español el párr. 24 al art. 10 señala que las acciones son aquellas “participaciones en una sociedad cuya responsabilidad está limitada a sus acciones

---

<sup>943</sup> Ver. art. 90 y 91 LSC España.

<sup>944</sup> “1. An allotted portion owned by, contributed by, or due to someone <each partner's share of the profits>. 2. One of the definite number of equal parts into which the capital stock of a corporation or joint-stock company is divided <the broker advised his customer to sell the stock shares when the price reaches \$29>. • A share represents an equity or ownership interest in the corporation or joint-stock company” Black's Law Dictionary, 9th ed., 2009), accedido a través de Westlaw International [24 de mayo de 2013].

<sup>945</sup> VOGEL 1997: p. 652, parra. 192. Es posible que las acciones no tengan valor nominal y solo representen un porcentaje de la participación en el capital (*quotenaktie*)

(sociedades de capital)”. En inglés se indica “...in a company limited by shares (joint stock company)” y en francés “à una société anonyme (société de capitaux)”. Extrañamente la traducción del IEF no sigue en este caso la versión francesa y se arriesga a traducir literalmente del inglés, seguramente porque existe una contradicción en la versión francesa que se refiere a la sociedad anónima y la explica entre paréntesis como sociedad de capital. En cualquier caso, la traducción del IEF tampoco logra su cometido, pues al utilizar la palabra “acciones” se limita, al menos de acuerdo con las legislaciones española y colombiana, únicamente a las sociedades anónimas y en comandita por acciones. La confusión que genera el contraste entre las versiones española y francesa se hace más evidente al leer la LSC en España, la cual considera como sociedades de capital a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, pero distingue, en el mismo artículo, entre acciones y participaciones.

Originariamente en el *common law* las *joint-stock companies* eran consideradas como entidades no constituidas (*incorporated*), esto es, no plenamente diferenciadas de sus socios<sup>946</sup>. Sin embargo, un entendimiento contemporáneo y finalista del párr. 24 de los Comentarios al art. 10 debería llevar a entender las sociedades de capital como entidades plenamente diferenciadas de sus socios, esto es, completamente constituidas o, lo que es lo mismo, con personalidad jurídica independiente, y con un capital social común, a pesar de que en algunas legislaciones se acepte que pueda existir responsabilidad ilimitada de los socios<sup>947</sup>. De hecho, la ausencia de responsabilidad limitada no implica que no exista una entidad diferenciada de sus socios, ni puede ser un criterio para definir cuándo hay o no dividendos en un CDI. Así pues, en el Reino Unido las *joint-stock companies* son todas las sociedades registradas (*registered companies*), esto es, aquellas del tipo *unlimited company*,

---

<sup>946</sup> “*joint-stock company*. (18c) **1.** An unincorporated association of individuals possessing common capital, the capital being contributed by the members and divided into shares, of which each member possesses a number of shares proportionate to the member's investment. **2.** A partnership in which the capital is divided into shares that are transferable without the express consent of the partners. — Also termed *joint-stock association*; *stock association*. “The joint stock association or company developed early in English company law, the term being used to distinguish companies which operated on a joint account and with a ‘joint stock’ (in trade) of their members from companies (now obsolete) each member of whom traded on one's separate account with one's own stock in trade.... In American jurisdictions, the joint stock association is generally an unincorporated business enterprise with ownership interests represented by shares of stock”. Henry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* § 50, at 109 (3d ed. 1983) citado por: Black's Law Dictionary, 9th ed., 2009), accedido a través de Westlaw International (24 de mayo de 2013).

<sup>947</sup> Es el caso de las *unlimited companies* en el Reino Unido.

*company limited by shares, company limited by guarantee*, cuya característica principal es la de tener, en virtud de estar constituidas (*incorporated*)<sup>948</sup>, personalidad jurídica.

El rasgo fundamental de las “shares” es el mismo de las “acciones” en el derecho español, *i.e.* la representación de la participación en el capital de una sociedad independiente de sus socios. Sin embargo, la palabra española “acciones” y la francesa “actions”<sup>949</sup>, al exigir que dicha representación esté en un título negociable, tienden a ser más restrictivas que la correspondiente palabra inglesa. Esta condición deja por fuera las participaciones o cuotas sociales y las partes de interés, a pesar de que (al menos las primeras) son también la cuota de capital en otras sociedades, a saber, las sociedades de responsabilidad limitada. En definitiva, aunque el citado párr. 24 de los Comentarios abogue por un entendimiento amplio, la literalidad del precepto, al menos en español, parece ser muy clara en excluir a las participaciones y cuotas sociales en sociedades diferentes a las que son por acciones, sin perjuicio de que encuadren dentro de otro elemento de la definición del art. 10.3 del Modelo. Por todo lo anterior, se concluye que las palabras “acciones”, “shares” y “actions” utilizadas por los CDI, en sus respectivos idiomas, pueden no significar lo mismo, y por lo tanto son ambiguas respecto de la determinación de la entidad distribuidora.

De otra parte, existen en el derecho comparado diversos tipos de acciones que constituyen verdaderos híbridos financieros. Por ejemplo, en España las acciones rescatables, las

---

<sup>948</sup> MAYSON, FRENCH & RYAN 2007: p. 3.

<sup>949</sup> “En droit des sociétés, l' "action" est le nom que l'on donne à l'unité fractionnaire du capital des sociétés commerciales de capitaux, telles que les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées ou les sociétés en commandite par actions. Sauf les cas particuliers prévus par la loi (actions attribuées aux salariés, actions décrétées inaliénables statutaires ou conventionnelles, inaliénabilité des actions des sociétés en redressement judiciaire, sociétés d'exercice libéral de forme anonyme, sociétés de commissaires aux comptes), l'action est un titre négociable. Cette négociabilité peut cependant être subordonnée à un contrôle interne introduite par une clause d'agrément dans les statuts. Mais la validité d'une cession d'actions est subordonnée à l'existence même de la société dont les titres sont cédés. Est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption (Chambre commerciale, 26 mai 2009, pourvoi : 08-12691, Legifrance - Le rapport de M. Salomon, conseiller rapporteur, est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, no 8-9/09, août-septembre 2009, Etudes et doctrine, p. 648 à 650)". En: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/action-droit-des-societes.php> [consultada el 24 de mayo de 2013]. Aunque pueda entenderse de la versión inglesa una acepción amplia de “shares”, la versión francesa parece apostar por el significado estricto. VOGEL, art. 10 párr. 192. Teniendo en cuenta esto último y que el MCOCDE fue redactado originariamente en francés, el significado estricto de “share” debe prevalecer.

acciones con derecho a un dividendo preferente y las acciones sin voto<sup>950</sup> pueden recibir calificaciones distintas para efectos mercantiles, contables y tributarios<sup>951</sup>. En la medida en que el art. 10 MCOCDE utiliza el término acciones para describir uno de sus derechos económicos, aun cuando una acción carezca de derechos políticos no deja de ser acción a efectos convencionales<sup>952</sup>. Sin embargo, debido a que los derechos económicos pueden variar, podría presentarse el problema de que su calificación a ciertos efectos sea de endeudamiento, generando la pregunta de si debería aplicarse el art. 10 o el art. 11 del Modelo. Para VOGEL, la variación de los derechos económicos de las acciones debe ser irrelevante a estos efectos, a menos que haya una pérdida de uno de los elementos esenciales del término acción en el Modelo, cuál sería la participación en el riesgo empresarial, materializado en la posibilidad de demandar su cuota en los beneficios de la sociedad o su cuota en la liquidación. En ese sentido, si se pacta que la cuota de liquidación que corresponde a una acción no puede ser mayor a un determinado porcentaje de su valor

---

<sup>950</sup> Por lo general, una acción otorga derechos políticos y económicos equivalentes a la participación que corresponda con su valor nominal o con la cuota prevista, según el caso. Se suelen aceptar distintas clases de acciones que permiten distinguir los derechos que otorga una clase respecto de los que corresponden a otra, exceptuando así el principio de paridad. vid. art. 28 LSC. Dentro de una clase es posible que se emitan series de acciones que contengan los mismos derechos, pero que correspondan a un valor nominal diferente. Así, las clases de acciones suelen utilizarse para crear acciones no ordinarias, esto es, aquellas que tienen disparidades en los derechos políticos y económicos. En éste punto es relevante mencionar las acciones sin derecho a voto (art. 101 LSC) y las acciones privilegiadas o preferentes (art. 498, 499 LSC). vid. GARCÍA MANDALONIZ 2003: p. 320-321. Los privilegios pueden ser de diversos tipos, aunque las legislaciones regulan el alcance que pueden tener los mismos (vid. art. 96.1 LSC). Los más comunes son: el cobro preferente (acciones preferentes), que permite cobrar el dividendo o la cuota de liquidación primero que los demás accionistas; dividendo fijo (acciones con dividendo fijo), que da lugar a una remuneración determinada independiente de los resultados de la sociedad; o, el de obtener dividendos privilegiados, es decir, mayores derechos económicos que los que le correspondería a la acción en atención a la proporcionalidad del aporte. Una descripción de las razones financieras de las acciones preferentes y su tratamiento tributario en Estados Unidos, Alemania y Dinamarca, en: BUNDGAARD 2014: p. 416 y ss.

<sup>951</sup> Como se mencionó atrás, el PGC español considera que cuando el derecho a recibir dividendos supone la acumulación en los periodos en que no haya utilidades y se prevea una amortización obligatoria del instrumento, la acción será un pasivo financiero. Cfr. VILLACORTA HERNÁNDEZ 2010: p. 40-42. Fiscalmente, el 14.1 TRLIS en concordancia con el art. 25 de LIRPF indican que no son deducibles las participaciones en fondos propios de la entidad. Aunque alguna parte de la doctrina entienda que aquí no hay dudas y que en todo caso las acciones con dividendo fijo se entenderán como retribución de fondos propios a efectos fiscales (JIMÉNEZ-BLANCO 2010: p. 1655), es muy válido preguntarse qué debe entenderse por fondos propios. Es decir, si habrá que considerarse la calificación mercantil del patrimonio a efectos de los libros de comercio (i.e. contabilidad) o del cálculo para la distribución de beneficios, reducción de capital, etc. Sin duda, ello podría llevar a dos resultados diferentes. El Proyecto de LIS en el art. 15.a) indica que las referencias a los fondos propios hechas por esa Ley ha de dar preferencia al significado societario que al contable.

<sup>952</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 192, p. 653 "Among the various rights conveyed by a "share", the only ones of relevance in connection with art. 10 MC are the proprietary rights. Restrictions of the control rights, as in the case of **non-voting preference shares**, therefore, do not result in disqualification for the purposes of art. 10 (3) MC".

nominal, por mucho que la acción se parezca a un bono de deuda, sus rendimientos serían considerados dividendos. Sin embargo, dicha calificación no procederá si al accionista se le restringe por completo del derecho a participar en la cuota de liquidación<sup>953</sup>.

Nótese que el autor alemán primero destaca la participación en beneficios y luego la participación en la cuota de liquidación, que son dos criterios que pueden conllevar resultados distintos, aunque parece inclinarse por el segundo. Siendo así, la siguiente pregunta concierne al alcance de esta última participación, ya que la cuota de liquidación de una acción ordinaria puede ser inferior, igual o superior al valor nominal de capital invertido. En acciones privilegiadas puede haber limitaciones máximas y/o mínimas en los derechos sobre tales cuotas. Pues bien, para VOGEL deben considerarse las dos caras de la moneda, esto es, la posibilidad de perder la totalidad del capital invertido y la de beneficiarse de las utilidades acumuladas y de las reservas ocultas (plusvalías latentes). En ese sentido, HELMINEN interpreta que solo cuando una acción es amortizable en un periodo corto de tiempo y se estipule la preferencia en el cobro del capital en el evento de liquidación, podría no ser considerada como “participaciones sociales” que dan lugar a dividendos según los CDI<sup>954</sup>.

Como se aprecia, la idea de VOGEL y HELMINEN lleva a excluir de la definición de la palabra “acciones”, usada en el art. 10.3, a todas aquellas que no cumplan con el significado intrínseco del art. 10.3 MCOCDE. Bajo ese entendido, la misma exclusión aplicaría para la expresión “participaciones sociales” usada en la tercera parte de la definición, de manera que habría rendimientos de híbridos financieros que no calificarían como dividendos a pesar de estar sujetos al mismo régimen fiscal que las acciones ordinarias. Además, si se acepta que el art. 11 MCOCDE asume una definición formal de “derechos de crédito”, habrá híbridos financieros que no califiquen ni como intereses ni como dividendos, razón por la que podrían encajar dentro de los artículos 7 ó 21 del CDI, según sea el caso. De todas formas, este resultado puede parecer extraño para el Estado de la fuente que podría justificar interpretaciones más amplias de los términos mencionados,

---

<sup>953</sup> VOGEL 1997: art. 10, parr. 192, p. 653.

<sup>954</sup> HELMINEN 2010: p. 204.



extendiendo el alcance de las definiciones de dividendos o intereses y logrando, de este modo, garantizar una tributación de la renta en su territorio, aunque de forma limitada. En todo caso se ha reconocido que en la práctica estos conflictos no son comunes, puesto que pocos países clasifican los rendimientos de las acciones preferenciales como un tipo de renta distinta a los dividendos<sup>955</sup>, pero no dejan de ser posibles mientras se mantenga la ambigüedad en el artículo<sup>956</sup>.

Ahora bien, la tesis de PIJL ya mencionada<sup>957</sup>, según la cual las acciones privilegiadas que no participan en beneficios no generan dividendos según el art. 10 del Modelo, deriva de la segunda parte de la definición de dividendos más que de la primera, pues esta última es independiente y pareciera comprender todas las acciones sin importar los derechos que otorguen. Pero además, la interpretación de PIJL acoge el criterio de la participación en beneficios como fundamental a la hora de calificar dividendos conforme a la parte autónoma de la definición. No obstante, el autor no expresa con claridad qué entiende por beneficios, pues bien podría argumentarse que los beneficios pueden ser los del periodo o los acumulados de vigencias anteriores. Pero esa falta de precisión entraña mayores problemas para determinar qué ocurre con instrumentos que dan lugar a dividendos fijos. Participar en beneficios podría significar, desde un primer punto de vista, una contingencia sobre el derecho a recibir el pago o, desde un segundo, una contingencia sobre el monto del mismo<sup>958</sup>. Si se acoge el primero, los dividendos fijos no acumulables serían dividendos a efectos convencionales, lo cual no es necesariamente el caso de los acumulables, ya que tarde o temprano se pagarán. Las normas contables sugerirían evaluar la posibilidad futura de pagarlo, pero no está nada claro que deba entenderse así el criterio de PIJL. Ahora bien, bajo la segunda perspectiva, los dividendos fijos, en cuanto que no hay riesgo sobre el monto, no suponen una participación en beneficios.

Por otro lado, las acciones preferentes y rescatables son claramente “acciones” y “participaciones o cuotas sociales” desde un punto de vista mercantil, de manera que sus

---

<sup>955</sup> BUNDGAARD 2014: p. 426.

<sup>956</sup> HELMINEN 2010: p. 204-205.

<sup>957</sup> PIJL 2010: p. 493 y ss.

<sup>958</sup> BROWN 2012: p. 34; BÄRSCH 2014: p. 433 y ss.

rendimientos generalmente son dividendos en función de la parte autónoma de la definición convencional<sup>959</sup>. Obviamente no puede pasarse por alto que las acciones rescatables permiten ser amortizadas en un plazo determinado, de forma que por lo general no participan de la cuota de liquidación en la práctica, ni comparten el riesgo de pérdida del principal de forma semejante a los accionistas, pues el plazo o la condición para su redención puede hacer que económicamente exista una prelación sobre los acreedores de los pasivos a largo plazo. De todas formas, las acciones rescatables comparten el riesgo y participan en beneficios hasta el momento previo a la amortización, e incluso, el cálculo del principal a ser devuelto puede incorporar como base las variaciones en el patrimonio neto, es decir, dando participación en los beneficios acumulados.

Así, es razonable concluir que si se toma una aproximación sustancial intrínseca y única de toda la definición de dividendos, la incertidumbre aumenta. Por el contrario, bajo una interpretación formal habría que sostener que los dividendos se califican según el derecho interno del Estado de residencia de la entidad distribuidora. En esa línea, podría usarse como sustento el párr. 15 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE que indica que el “capital” al que se refiere el art. 10.2 MCOCDE “debe entenderse tal como se hace en el derecho de sociedades” [del Estado de residencia de la entidad distribuidora], descontando las reservas, e incluyendo, entre otras, a las “acciones preferentes, acciones con voto plural, acciones sin derecho a voto, acciones al portador, acciones nominativas...”, rescatables, etc.<sup>960</sup>.

Antes de cerrar este apartado debe indicarse que, por lo general, la referencia a “las acciones” aparecen en todas las definiciones de dividendos en los CDI y, de hecho, se mantienen cuando se eliminan los demás tipos de derechos que enuncia el Modelo en la primera parte de la definición. Sin embargo, quizá por error en la redacción, otros

---

<sup>959</sup> HELMINEN 2010: p. 202-204. Debe tenerse en cuenta que la amortización de las participaciones ordinarias no es tampoco una novedad, debido a que es posible realizarla, mediante el cumplimiento de las normas mercantiles sobre reducción del capital, durante la vida de la sociedad, aunque existen restricciones cuantitativas y procedimentales para su procedencia.

<sup>960</sup> El Comentario no incluye expresamente a las acciones rescatables, pero termina con un “etc.” a lo cual se agrega: “estas diferencias se refieren más a la naturaleza de los derechos de que dispone el accionista que a la importancia de la participación”. Este comentario da lugar a pensar que el concepto de capital, para efectos de la participación, no es relevante para definir “participaciones sociales” en el art. 10.3 del Modelo.

convenios se refieren solamente a los “rendimientos de las acciones, o bonos de disfrute...” como el de España con la República Checa (Checoslovaquia) de 1981, generando con la coma una confusión acerca de si el epíteto “de disfrute” caracteriza al sustantivo “acciones”. De hecho, no son pocos los convenios españoles que se refieren a “los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute”<sup>961</sup>, obviando mencionar de forma independiente a las acciones que no son de disfrute. En estos casos, el segundo o tercer elemento de la definición permitiría incorporar las rentas de las acciones, aunque ciertamente resulte extraño, ya que los dividendos provienen de las acciones por antonomasia.

### 2.2.2. ACCIONES Y BONOS DE DISFRUTE

Otro de los tipos de participaciones contenidos en el art. 10 del MCOCDE, que cuenta con un grado de ambigüedad mucho mayor, es el de las “acciones y bonos de disfrute”, que la versión francesa llama “actions ou bons de jouissance” y que la inglesa opta por traducir parcialmente como “*jouissance shares or jouissance rights*”. En español se sigue de cerca la versión francesa. De haberse ajustado a la versión inglesa, que no refiere únicamente a títulos valores, la traducción española sería “derechos de disfrute”. La expresión adoptada, “bonos de disfrute”, por su parte, tiene un significado más restringido, ya que suele aludir, como sucede en el francés, solo a los títulos valores. Como resultado de estos matices semánticos, cuando los CDI están redactados tanto en inglés como en español surge un problema de interpretación que se habría solucionado fácilmente si se hubiese pactado la prevalencia de un idioma. Pero si no hubo un pacto tal, el argumento histórico de que el Modelo fue inicialmente redactado en francés toma fuerza para justificar la preferencia por las redacciones española y francesa.

Nótese que en todos los idiomas se aclara que tanto las “acciones” -que son un tipo de participación en el capital-, como los meros “bonos” o “derechos” de cualquier tipo, incluso los de crédito, son generadores de dividendos. Esta propiedad compartida ha suscitado discusiones acerca de si aquellas y estos poseen, como activos, una misma naturaleza, o si,

---

<sup>961</sup> p. ej. España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Irlanda 1994; España-Luxemburgo 2007.

por el contrario, corresponden a dos tipos de activos con características diferentes<sup>962</sup>. Puede argumentarse que se trata de “una misma realidad que es denominada indistintamente como “acciones de disfrute” o “bonos de disfrute”, pero indicando con ello un mismo hecho”<sup>963</sup>. Los conceptos “acción”, “bono” y “derecho”, no obstante, no son intercambiables; el primero, especialmente, denota una representación en el capital social, mientras que con el segundo y el tercero no necesariamente sucede lo mismo. Por ello, por más que se quiera identificar un mismo hecho, las tres palabras hacen referencia a tres distintos supuestos. En este sentido, podría suponerse que el Modelo se refiere a un tipo de derechos que, aunque en muchos países sean calificados como una acción, en otros no se consideran como una participación en el capital.

En relación con las “*acciones de disfrute*”, lo primero que hay que decir es que el derecho mercantil no conoce con ese nombre a ningún tipo de acciones. De hecho, en España la LSC habla de los “*bonos de disfrute*”. En sistemas del *civil law*, y en menor medida también en el *common law*, la creación de tipos de participaciones en el capital está limitada al catálogo legal, por lo cual, cuando el tipo no esté regulado en la ley mercantil de alguno de los estados contratantes, poca utilidad tiene enunciarlos en los CDI. Además, resulta extraño que se haya considerado necesario incluirlos, cuando bien podrían entrar dentro de la categoría general de “acciones”. La única explicación lógica es que los redactores pensaban que un tipo de participaciones podría presentar dudas en su calificación. Y en esa medida, se le llamaba indistintamente “acciones” o “bonos”. Esta explicación justificaría la idea de que el modelo se refiere a un mismo tipo de instrumentos.

VOGEL entiende que las acciones o bonos de disfrute:

son otorgados por compañías y pueden suponer todos aquellos derechos de propiedad que le correspondería a un accionista, pero sin otorgar derechos de voto o de control. Adicionalmente, el significado del término tiene un muy amplio ámbito, empezando desde los derechos de propiedad de un accionista en relación con su participación en los beneficios netos y en el resultado de la liquidación, pasando por los meros

---

<sup>962</sup> LUCAS 2000: p. 216.

<sup>963</sup> LUCAS 2000: p. 216.

derechos de crédito sobre el uso de ciertos servicios (producción u otros) de la sociedad<sup>964</sup>.

VOGEL afirma, con base en lo anterior, que existen argumentos más convincentes para sostener que el modelo acoge una acepción restringida de los bonos o acciones de disfrute, en el sentido de que deben ser “participaciones sociales” que permiten participar en los beneficios derivados de la liquidación de la sociedad (característica intrínseca)<sup>965</sup>. La visión de VOGEL coincide, prácticamente, con la interpretación que otorga el derecho alemán de los *Genussscheine*<sup>966</sup>, cuya aplicación *mutatis mutandi* a los CDI no está exenta de críticas; de ahí que su posición haya encontrado importantes cuestionamientos. Se ha argüido que la posición de VOGEL atenta contra una interpretación gramatical del Convenio, en la medida de que nada en la definición de dividendos del MCOUDE exige que los derechos en una entidad contengan la participación en la liquidación social. Además, tal entendimiento vaciaría de significado el concepto de “bonos de disfrute”<sup>967</sup>.

En Alemania el criterio esgrimido por VOGEL no es admitido unánimemente respecto de los CDI. La Corte Fiscal de Colonia (*Finanzgericht Köln*) se enfrentó al problema de clasificar las rentas de un *Genussscheine* dentro de las categorías de rentas del tratado entre Alemania y el Reino Unido de 1964. La Corte entendió que el contexto de las definiciones de dividendos e intereses implicaba que la primera de estas no debía ser un mero derecho de crédito sino representar un vínculo más estrecho (*Verwurzelung*) con el Estado de la fuente, tal como existe con las acciones. En coherencia, no se amparó la existencia de un derecho a los beneficios de la liquidación de la sociedad sino que, por el contrario, prevaleció la idea de propender por una relación más íntima con el país<sup>968</sup>. Sin embargo, en un caso posterior analizado por Corte Federal Alemana (*Bundesfinanzhof*), esta utilizó, entre otros, el criterio distintivo descrito por VOGEL<sup>969</sup>, aunque el problema se planteaba a

---

<sup>964</sup> VOGEL 1997: art. 10. párr. 193, p. 652.

<sup>965</sup> En la misma línea de VOGEL, HELMINEN 2010: p. 187-190

<sup>966</sup> VOGEL 1997: párr. 204 y 205, art. 10. Sobre evolución del término en la práctica mercantil y su reconocimiento posterior por el derecho alemán mercantil y tributario.

<sup>967</sup> LUCAS 2000: p. 217.

<sup>968</sup> Alemania, FG KÖLN – Finance Court Cologne (*Finanzgericht Köln*), 11 de diciembre de 2003, 2 K 7201/00, EFG 2005, p. 541. Así en AVERY JONES et al 2009: nota al pie 86, p. 17.

<sup>969</sup> Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD. En la misma línea, pero agregando el argumento de la conexión estrecha con la

la luz de una definición muy distinta a la del MCOODE. En este último caso se analizó la calificación bajo el CDI entre Austria y Alemania de 2000 de unos *Genussscheine* con plazo de amortización, emitidos por un banco alemán, y poseídos por un banco austríaco. El instrumento otorgaba derecho a una remuneración fija calculada sobre su valor nominal, pagadero siempre que no supusiera pérdidas para el banco germano. Los títulos no daban derechos políticos (información o voto), ni permitían participar del remanente de la liquidación. Además, la devolución del capital estaba subordinada a los demás acreedores.

Debe destacarse que el tratado austro-alemán no tiene las mismas definiciones que el MCOODE, aunque copia la primera parte de la definición de dividendos para incluir expresamente a las acciones y bonos de disfrute. El CDI no tiene la segunda parte del art. 10.3 del Modelo y la tercera es una remisión al derecho interno sin la limitación de que sean rentas de participaciones sociales<sup>970</sup>. Además, agrega varias líneas a la definición que indican que el término “dividendos” comprende también la renta obtenida a través de una *silent partnership* por el partícipe, la renta de préstamos o bonos que participen en beneficios y remuneraciones similares, siempre que no sean deducibles de la base imponible del prestatario bajo el derecho del Estado contratante en el cual surjan los mismos, así como las distribuciones en certificados de participación en un fideicomiso (*trust*) de inversión. Por su parte, el artículo 11.2, aunque sigue de cerca al 11.2 MCOODE, indica que las rentas de la participación en una *silent partnership*, o de los bonos créditos que participan en beneficios (“*partiarisches Darlehen*”), pueden ser gravados en el Estado

---

jurisdicción medida en esta oportunidad con el criterio del repago del principal: Alemania, *Finanzgericht Nordrhein-Westfalen* (Köln), Sentencia del 29 de abril de 1999, caso 2 K 3998/95. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>970</sup> “3. The term “dividends” as used in this Article means income from shares, “jouissance” shares or “jouissance” rights, mining shares, founders’ shares or other income which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident. The term “dividends” includes also income derived by a silent partner (“*stiller Gesellschafter*”) from the partner’s participation as such, income from participating profit sharing loans (“*partiarisches Darlehen*”) or profit sharing bonds (“*Gewinnobligationen*”) and similar remuneration provided it is not deductible in determining the taxable income of the borrower under the laws of the Contracting State in which it arises, as well as distributions on share certificates in an investment trust”. (subrayado nuestro) Trad. IBFD. Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 IBFD Tax Research Platform.

en que surgen. La definición sigue de cerca al MCOCDE y agrega que el término intereses no incluye los ítems de renta tratados en el artículo 10<sup>971</sup>.

El problema jurídico del caso estaba precisamente en determinar la calificación convencional de las remuneraciones de esos *Genussscheine*. La Corte Tributaria Federal concluyó que eran intereses, puesto que eran créditos que participaban en beneficios ("*partiarisches Darlehen*") de acuerdo con la redacción del apartado 2 del artículo 11. Además, el artículo 11 incluía un concepto amplio de derechos de crédito de todo tipo, en el cual cabían los *jouissance shares*. El juzgador indagó sobre la exclusión que hace la definición de dividendos de los ítems enumerados en el artículo 10.3 y consideró que la misma opera siempre que sean tratados como dividendos por parte de la legislación interna del Estado de residencia de la entidad distribuidora, lo cual no ocurre en el caso de Alemania. Además, indicó que la definición de dividendos solo aplica a rentas de créditos cuando las mismas no son deducibles en la entidad distribuidora. La Corte también analizó el significado del término participación en beneficios utilizado en el artículo de dividendos, concluyendo que generalmente se refiere a derechos que dependen directa o indirectamente del monto de los beneficios, o que participan de forma limitada en los mismos a través de un porcentaje. El término excluiría, según la Corte, a aquellos derechos que, si bien no se pagan cuando hay pérdidas, permiten recuperar lo no pagado en periodos posteriores<sup>972</sup>.

Se aprecia entonces la utilización de una variedad de criterios sustanciales para distinguir los instrumentos generadores de intereses de los de dividendos. A pesar de que el CDI

---

<sup>971</sup> "1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State if the recipient is the beneficial owner thereof.

2. However, income derived by a silent partner ("stiller Gesellschafter") from the partner's participation as such, income from participating profit sharing loans ("*partiarisches Darlehen*") or profit sharing bonds ("*Gewinnobligationen*") may also be taxed in the Contracting State in which they arise and according to the laws of that State.

3. The term "interest" as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article. The term "interest" does not include items of income dealt with in Article 10". Trad. IBFD. Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 IBFD Tax Research Platform.

<sup>972</sup> vid. resumen y traducción: IBFD. Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 IBFD Tax Research Platform.

expresamente se refiera a las acciones y bonos de disfrute en la primera parte de la definición de dividendos y de que ese sea precisamente el título con el cual se creó el instrumento, el *Bundesfinanzhof* decide calificar la renta como generadora de intereses, desconociendo que el condicionamiento previsto por la definición de dividendos, a saber, que los pagos no son deducibles, se refiere a los créditos participativos y no a los elementos enunciados en la primera parte de la definición. Del mismo modo, el *Bundesfinanzhof* exige que la cláusula de desempate prevista en el artículo 11 del CDI -que da preferencia al artículo 10-, aplique solo cuando los rendimientos son tratados como dividendos por el derecho interno, lo que no se deriva de una interpretación gramatical del texto del CDI. A pesar que la conclusión mantiene una lógica acorde con la política fiscal, no parece del todo claro que el texto del Tratado lo permita.

Pero, entonces ¿cuáles son las características que permiten distinguir a los bonos o acciones de disfrute? El *International Tax Group* revisó varios ordenamientos, encontrando que estos tipos de bonos y acciones existen en Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Suiza y Países Bajos, concluyendo que su característica general es el otorgamiento de derechos sobre la renta pero no derechos de voto o sobre el capital principal, salvo en el caso de Alemania según el entendimiento de VOGEL previamente analizado. Además, los mismos autores afirman que no existen acciones de goce por su nombre en los países del *common law*, ni en Suecia, aunque se pueden crear acciones con derechos similares a los descritos<sup>973</sup>. El citado trabajo fue realizado por 16 autores que reflejan las legislaciones internas de 12 estados (Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, Francia, Estados Unidos, Alemania, Italia, Japón, Suiza, Australia, Canadá y Suecia) dando lugar a diferentes ideas o concepciones de los vocablos acción o bono de disfrute<sup>974</sup>. Es así como sale a flote una variedad bastante amplia de instrumentos comprendidos, que demuestran que no hay un significado común e internacional de los mismos. En resumen, se ha interpretado que son:

---

<sup>973</sup> AVERY JONES et al 2009: p. 17

<sup>974</sup> Aunque es una obra mancomunada, podríamos suponer que las referencias a cada país han sido hechas o por lo menos avaladas por los autores oriundos de tal país.



a) un derecho de disfrute en el sentido civilista de recibir los frutos naturales o civiles de una cosa, que incluso comprendería a los derechos que otorga un usufructo de acciones<sup>975</sup>;

b) una acción o bono de disfrute como un activo que da derechos a participar en los beneficios, pero que en algunos casos tienen una participación política restringida<sup>976</sup>;

c) un título que surge cuando se presenta una amortización o reducción del capital. En este sentido, se trata de derechos que encajarían en ese segundo significado, aunque mucho más restringido, pues se trata de acciones que en un proceso de reducción resultan siendo redimidas por “acciones de disfrute” o “bonos de disfrute”, según la denominación acogida<sup>977</sup>. El objetivo de estos derechos es garantizar al accionista una participación en las reservas, ya que se entiende que no se produce una amortización voluntaria. Los bonos de disfrute incorporan los derechos que se otorgan a los titulares de las acciones amortizadas en el acuerdo de reducción, pero generalmente se prohíbe atribuirles el derecho de voto<sup>978</sup>. Este mismo significado es al que parece referirse en realidad el Modelo, según se infiere del Informe del año 1973<sup>979</sup>;

---

<sup>975</sup> El *International Tax Group* admite que en esa jurisdicción existen derechos de disfrute, aunque no las acciones de disfrute. Es curioso que al explicar los tipos de derechos de disfrute en ese país, se entienda que pueden ser “derechos reales sobre las acciones, como en el caso del usufructo, o derechos contractuales. El propietario del usufructo tiene por lo general derechos de voto”. AVERY JONES et al 2009: Nota al pie 82, p. 17. Se refiere al art. L225-110 Commercial Code.

<sup>976</sup> El referido trabajo afirma que en Bélgica existen los denominados “Winstbewijzen” o “parts bénéficiaires” y se cita sin mucha explicación el art. 483 del Código de Sociedades (*Code des Societes*). Esta norma se refiere a unos valores que no representan el capital pero que pueden ser emitidos por las sociedades anónimas (art. 460). Bélgica, art. 483 *Code des Societes*. Respecto de Italia se cita el artículo 2351 del *Código Civile* que se refiere al derecho de voto de las acciones, según el cual los titulares de las acciones privilegiadas pueden votar si así lo prevén los estatutos. Esa misma norma señala que los titulares de las acciones con limitaciones de voto no deben exceder de la mitad del capital social. Según se infiere, los autores entienden en este punto que los bonos o acciones de disfrute son participaciones sociales sin derecho a voto. En Suiza, se asume que los *jouissance rights o shares* son los mismos *bons de jouissance/Genussscheinen*, mientras que Holanda se asume que son comparables con los *winstbewijzen* que son certificados de participación en beneficios.

<sup>977</sup> En esa línea el Código de Sociedades belga (art. 615) y el Código de Comercio francés (art. 1225-198) al usar “actions de jouissance”, que se asemeja al de “bonos de disfrute” usado por la LSC (art. 260 y 341) española Antiguamente regulados en el art. 48.3 LSA. El TEAC en Resolución del 11 de junio de 2004 (Número 00/4008/2001) determinó que los rendimientos de los bonos de disfrute son considerados participaciones en fondos propios de entidades y deben diferenciarse de la entrega del bono que podría estar gravada como ganancias de capital.

<sup>978</sup> ROGERS-GLABUSH & IBFD 2009: p. 255. Ese mismo significado aparece en el diccionario del IBFD que sostiene que las “acciones de disfrute pueden emitirse cuando una compañía se reorganiza amortizando parte del capital y los derechos de los accionistas actuales son reducidos. En tal caso, hasta un grado, éstas representan una compensación por la pérdida sufrida por el accionista”. Este diccionario, quizás marcado por el prejuicio de VOGEL, describe las acciones de disfrute como “Títulos valores emitidos por sociedades en algunos países que otorgan el derecho al exceso del capital (si fuere el caso) en la liquidación de una sociedad y puede también dar derecho a sus tenedores a un porcentaje sobre los beneficios anuales”.

<sup>979</sup> “a) Acciones de disfrute: como ciertos estados los conciben, las acciones de disfrute, o las acciones reembolsadas, son títulos emitidos en lugar de una acción suscrita y pagada de acuerdo con los estatutos sociales, cuando el capital es reembolsado anticipadamente por una liquidación. Estas evidencian que el accionista preserva todos sus derechos, excepto que no podrá exigir la división de los activos hasta que todo el capital social “ordinario” haya sido reembolsado. Algunos estados consideran a las acciones de disfrute como

d) finalmente, otro significado que se le ha atribuido consiste en que es cualquier derecho a participar en los beneficios o de disfrute de las ganancias sociales que no puedan ser calificados como otra renta del CDI (intereses, rentas de servicios personales dependientes o de consejeros y directores, básicamente) deben ser considerados dividendos. De esta forma, no se acudiría al art. 21 del Modelo por ser este de última ratio<sup>980</sup>. Si bien se puede admitir que gramaticalmente se trata de una expresión amplia y que de acuerdo con el artículo 3.2 de los CDI puede adquirir el significado que le sea atribuido por el derecho interno del Estado de residencia de la entidad distribidora, fuera de esos supuestos, ni la historia, ni el contexto, permitirían defender que el art. 10 se trate de una regla de cierre tan amplia. En cualquier caso, esto sirve para alertar que en la negociación de un CDI deben evaluarse los posibles significados que pueden adquirir estas palabras en cada legislación.

En definitiva, es interesante destacar que en Alemania los *Genussscheine* son admitidos por el derecho civil y se caracterizan por tener todos los derechos de propiedad de un accionista, pero no derechos de voto u otros tipos de derechos de control<sup>981</sup>. Respecto del Derecho tributario interno, “(y en consecuencia para los convenios) los rendimientos de tales acciones o derechos son tratados como dividendos solo si el tenedor participa en los resultados de la liquidación, de lo contrario se consideran rendimientos de un derecho de crédito”<sup>982</sup>. Bajo ese entendido se asume la posición defendida por VOGEL, descrita arriba, pero se aprecia que su fundamento es la ley alemana y no la interpretación autónoma del

---

derechos de crédito la renta de la cual puede sin embargo, ser parecida a la de un verdadero accionista”. OECD, CFA/WP1(73)2.

<sup>980</sup> LUCAS 2000: p. 218.

<sup>981</sup> Una explicación completa en SCHÖN, quien comenta que los *jouissance rights* son instrumentos muy populares y que, si bien son mencionados en distintas normas, no tienen una definición legal. El autor describe las características mercantiles de la siguiente forma: La ley de sociedades por acciones (sec. 221 (4) AktG) los define como obligaciones que dan al inversor al menos un derecho pecuniario comparable con los derechos pecuniarios de un accionista o, alternativamente, un derecho de los derechos de los accionistas restringido de cualquier forma. No dan derechos sobre el capital, pues son un derecho contractual. Se distingue de las *silent partnerships* porque las partes no están vinculadas por un propósito común, y de los créditos participativos porque puede envolver una participación participación en pérdidas y ganancias latentes. (2009: p. 35) En una línea similar AVERY JONES et al 2009: Nota al pie 86, p. 17.

<sup>982</sup> SCHÖN et al 2009: p. 39. Este autor además expone la misma posición descrita por VOGEL y AVERY JONES que deriva de las normas (sec. 8 (3) KStG and sec. 20 (1) no 1 EStG) y agrega que se ha presentado la discusión acerca de los derechos sobre los activos remanentes de la liquidación que deben otorgar los *jouissance rights* para ser considerados como acciones a efectos fiscales. La liquidación (*liquidationserlös*) puede ser entendida desde un punto de vista mercantil como la terminación de la sociedad, aunque también podría entenderse como la terminación del *jouissance right*. Desde un punto de vista fiscal esta última interpretación parece la más adecuada, según afirma SCHÖN. De otra parte, los tribunales Alemanes han entendido que el derecho sobre la liquidación no debe ser entendido como una participación proporcional en las ganancias latentes.

Tratado<sup>983</sup>. Cabe concluir entonces que el significado de acciones y bonos de disfrute es polisémico y puede convertirse en una puerta giratoria en la pretendida muralla delimitadora entre dividendos e intereses.

### 2.2.3. PARTICIPACIONES MINERAS

Las participaciones mineras aparecen en el MCOCDE y MCONU como activos cuyos rendimientos generan dividendos. El MCUSA y algunos CDI en la práctica convencional española<sup>984</sup> no se refieren expresamente a estas participaciones. En todo caso, se ha entendido que se trata de los derechos en el capital social de un tipo societario especial, cuyo objeto es la explotación de minas. La referencia a este tipo de participaciones no pasa por alto el hecho de que la entidad en que se participa debe reunir los requisitos para ser una entidad distribuidora de dividendos, de manera que las participaciones en asociaciones mineras consideradas transparentes no producen dividendos<sup>985</sup>.

En inglés las participaciones mineras son llamadas “mining shares”, mientras que en francés se denominan “parts de mine”; luego es elocuente que existe una interesante diferencia en la traducción: en inglés se entiende por “shares” algo más que las “actions”. Ya se ha mencionado que las acciones (*shares/actions*) son el primer activo al que se refiere la definición, entendidas como aquellos títulos valores de participación en el capital de sociedades por acciones. Con que es razonable inquirir si la traducción adecuada del primer activo mencionado por el artículo 10.3 debería ser “participaciones [en el capital]” en lugar de “acciones”, aunque ninguno de los convenios analizados lo haga así.

### 2.2.4. PARTES DE FUNDADOR

---

<sup>983</sup> En Austria se tiene una posición muy similar a la alemana, de forma que los *jouissance rights*, son instrumentos atípicos (aunque la ley los menciona bajo el nombre de *Genußrechten* Sec. 174, no. 3 y 4 AktG) que dan derecho al acreedor a participar en los beneficios de la sociedad, pero por lo general no dan los mismos derechos que tendría un accionista o socio. Usualmente son instrumentos que asumen la participación en las pérdidas y que contienen restricciones para la terminación, de ahí que sean considerados como fondos propios. Cuando se pacta la exclusión de tal participación son considerados endeudamiento. SCHON et al 2009: p. 12-13

<sup>984</sup> España-Argentina 2013; España-El Salvador 2009; España-Islandia 2002; España-Georgia 2011.

<sup>985</sup> En una línea similar VOGEL 1997: p. 654, párr. 196.

Las partes de fundador (*founders' shares/parts de fondateur*) no se mencionan expresamente en algunos convenios<sup>986</sup>, lo cual adquiere sentido una vez que son entendidas como una participación en el capital, ya que en este caso serán consideradas como “acción” o como “participación social”. Pero su exclusión parece relevante incluso cuando sus rendimientos no son gravados como las rentas de las acciones, donde el tratamiento fiscal del CDI podría producir asimetrías e incoherencias<sup>987</sup>. Partiendo del mismo postulado que hemos comentado y criticado arriba, VOGEL interpreta que estas partes serán generadoras de dividendos solo si se adecúan al concepto intrínseco de participaciones sociales. Las partes de fundador serían, así pues, una mera ejemplificación. Sin embargo, considerando las críticas que hemos mencionado, así como el elemento histórico que examinaremos a continuación, esta conclusión resulta inaceptable.

En la revisión hecha al art. 10 del MCOCDE de 1963 por el WP1 en 1973, se indicó lo siguiente:

*Partes de fundador:* por estas se entiende, en ciertos Estados, intereses que dan derecho a participar en beneficios asignados a personas que han prestado servicios en relación con la promoción de la sociedad; como los intereses que dan derecho a un dividendo (que no es necesariamente el mismo que para las “acciones ordinarias”), pero ningún derecho sobre los activos de la sociedad (excepto, en algunos casos, sobre el excedente de la liquidación después de que las acciones “ordinarias” han sido reembolsadas)<sup>988</sup>.

Evidentemente el propósito de la definición es incluir ciertos derechos derivados del contrato de sociedad que no se reflejan en el capital social de la compañía; lo cual ocurre, por ejemplo, con los socios gestores en las sociedades en comandita cuyo “interés” en la compañía, en algunas jurisdicciones, no es propiamente una participación en el capital. Lo mismo ocurre con los socios industriales, esto es, aquellos aportantes de prestaciones físicas e intelectuales, pues cuando su contribución no se estima o valora, no se les asignan acciones o participaciones en el capital. De esta forma, lo que recibe el socio industrial es

---

<sup>986</sup> Por ejemplo: MCUSA.

<sup>987</sup> Se destaca, por ejemplo, el caso de Italia, que grava las rentas de las partes de fundador como rentas del trabajo autónomo o por cuenta propia según el art. 53 del *Testo Unico delle imposte sui redditi*. HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.4.1

<sup>988</sup> OECD, CFA/WP1(73)2.

un derecho a participar en las utilidades de acuerdo con lo pactado en los estatutos sociales, e incluso, aunque no suceda indefectiblemente, podrá participar de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante el tiempo en que estuvo asociado, tal como lo destaca el Informe de 1973. Los derechos políticos de los fundadores suelen restringirse a tener voz, pero no voto, en las reuniones del máximo órgano de la sociedad<sup>989</sup>. Finalmente, los fundadores o promotores<sup>990</sup> de sociedades anónimas en la mayoría de legislaciones pueden obtener derechos de fundador que pueden ser titulizados en “bonos de fundador”, que son instrumentos negociables que incorporan un derecho sobre los beneficios anuales de la sociedad y que se diferencian de las acciones propiamente<sup>991</sup>. Así pues, se trata de derechos en los que el criterio de la participación en el remanente de la liquidación, que es característica intrínseca del concepto de “participaciones sociales”, no encuentra asidero en la historia<sup>992</sup>.

La palabra “partes” (*shares/parts*) curiosamente no ha sido traducida como “participaciones”, salvo en algunos convenios. En inglés la palabra “share” también tiene una acepción amplia, de acuerdo con la cual puede entenderse como un “interés” económico en algo. Así, una “parte de fundador” sería eso que recibe un fundador por ejercer su propia condición. En la medida en que fundar implica crear una nueva sociedad<sup>993</sup>, las rentas derivadas de los derechos o bonos de fundadores y promotores de sociedades anónimas serían dividendos. En el caso de las remuneraciones de los derechos de los socios industriales o socios gestores en la sociedad, solo serán consideradas como rentas de “partes de fundador” si concurre en tales socios la condición de fundador de la sociedad. Por supuesto, es preciso que el derecho del cual derivan las rentas sea creado

---

<sup>989</sup> En Colombia art. 137 del Código de Comercio.

<sup>990</sup> Así llamados en Colombia, España se regulan de forma análoga los fundadores y promotores (art. 27 LSC), siendo los primeros los que promueven una fundación simultánea, mientras que los segundos serán los que promueven la fundación sucesiva por suscripción pública.

<sup>991</sup> En España la LSC art. 27.2 permite que la remuneración de las gestiones, estudios, trabajos y otras prestaciones similares desarrolladas por los fundadores o promotores sea remunerada con un máximo del 10% de los beneficios netos obtenidos, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un periodo máximo de 10 años. Además: “Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales”.

<sup>992</sup> VOGEL 1997: art. 10 párr. 194; haciendo esta misma crítica al autor alemán: PIJL 2011: p. 492.

<sup>993</sup> De los distintos significados que el Diccionario de la RAE da a la palabra “fundar” se destacan “3. tr. Erigir, instituir un mayorazgo, una universidad o una obra pía, dándoles rentas y estatutos para que subsistan y se conserven. 4. tr. Establecer, crear. Fundar un imperio, una asociación.”

como una parte de fundador, sin importar que quien detente el derecho sea un sujeto distinto del primer titular.

Debe tenerse en cuenta que los aportes industriales, los derechos de los fundadores y promotores, así como los intereses de los gestores, caracterizados por no reflejar una participación en el capital, podrían generar rendimientos calificados dentro de otras categorías de los CDI, como las del trabajo dependiente o independiente (art. 7 y 15 MCOCDE y 14 y 15 MCONU), o incluso remuneraciones en calidad de consejero (art. 16 MCOCDE). En todos los casos habría que distinguir dos hechos imposables distintos: de un lado el acto de entrega de las partes de fundador, que seguramente será calificado como rendimientos del trabajo; y de otro lado, los rendimientos de tales partes<sup>994</sup>. El art. 10 se aplica a estos últimos. Debe notarse las partes de fundador y los derechos de los socios industriales surgen del contrato de sociedad y, si bien no reflejan el derecho a participar en el capital, si suponen otros derechos, distintos de los de crédito, que participan en beneficios. Por ello, los rendimientos de esos “intereses”, sean o no partes de fundador, sí pueden ser considerados dividendos a través de la segunda parte de la definición de dividendos.

### **2.3. SEGUNDA PARTE: “OTROS DERECHOS, EXCEPTO LOS DE CRÉDITO, QUE PERMITAN PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS”**

A estas alturas es evidente que la primera parte de la definición resulta particularmente ambigua y que, a pesar de que se haya dicho que es autónoma, existe una gran posibilidad de que sea dotada de un contenido jurídico-privado interno. A continuación se analizará la segunda parte, cuya redacción permite una interpretación menos restringida al preciso significado mercantil, razón por la cual puede dotarse con mayor facilidad de un significado autónomo. De hecho, la creación de la segunda parte de la definición de dividendos se explica en función de la necesidad de asimilar a esta categoría los rendimientos de ciertos

---

<sup>994</sup> Obviamente aquí el problema que se presenta es la valoración de las partes de fundador, pues podría ser minusvalorada como rendimientos del trabajo y luego dar mayores derechos a los beneficios. Así se obtiene un régimen tributario probablemente más favorable. En España el art. 47 del RIRPF valora la entrega de las partes de fundador en un 35% del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en beneficios.

títulos valores, que sin ser derechos de crédito, confieren el derecho a participar en beneficios y son emitidos por sociedades anónimas (*companies limited by shares/sociétés anonymes*)<sup>995</sup>. Debe tenerse en cuenta que la segunda parte de la definición ya no se refiere a los títulos valores y que las razones que justificaron su redacción no son coherentes. A partir de las discusiones del WP12, se aprecia que mientras algunos representantes buscaban que unos tipos de derechos, puntualmente los derivados de un contrato de asociación, que aseguraran la participación en beneficios, tal y como sucede en el derecho belga con las “parts bénéficiers”<sup>996</sup>, otros querían dejar clara la diferencia entre dividendos e intereses. Hoy la segunda parte indica que los “derechos” mencionados en la segunda dan derecho a participar en los beneficios y no pueden ser un derecho de crédito. Sin embargo, la limitante de no ser derechos de crédito no se predica de toda la definición de dividendos.

El texto más reciente permite una lectura más o menos amplia dependiendo del idioma. Aquello de lo cual deriva la renta no se encuentra definido de forma unívoca en los idiomas oficiales. Las versiones inglesa y española coinciden en que debe ser un “derecho”, mientras que la versión francesa estipula que debe ser una “parte” o unas “participaciones”. Podría pensarse que esta última al referirse a “participaciones” (*parts*) y no a “derechos” (*obligations/droits*) excluye los derechos de crédito; lo cual en realidad no agrega gran cosa, ya que en cualquier caso la exigencia de no ser derechos de crédito es expresa. Lo cierto es que se trata de tipos de derechos distintos de los que se mencionaban en el listado de la primera parte, que constituían un género tan amplio que podría confundirse con los

---

<sup>995</sup> Así se refleja en el párr. 24 al art. 10 MCOCDE que señala: “... La definición asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos...”. VOGEL explica que esta idea tiene su origen en que varios Convenios del periodo de entreguerras entendían que el tratamiento de rentas del capital estaba restringido a los títulos valores, mientras que las demás formas de participación en empresas organizadas como sociedades se regían por las normas de tributación de las empresas. VOGEL 1997: p. 655, párr. 198.

<sup>996</sup> El Derecho Privado belga actual (Code de Sociétés) se refiere a las partes beneficiarias (*parts bénéficiaries*) como esos títulos que no representan el capital de una sociedad anónimas y son emitidos en contrapartida de los aportes de industria o de otras contribuciones que no son susceptibles de ser valoradas o que son entregadas a los fundadores de la sociedad en ciertos casos. Esto recuerda varios elementos que están enumerados en la primera parte de la definición: partes de fundador, acciones y bonos de disfrute. Sin embargo, si el Modelo se refiriera a lo mismo que se entiende en el derecho belga, cabría preguntarse cuál es la necesidad de repetir varias veces lo mismo. En todo caso el derecho belga sirve para ejemplificar cómo para algunos Estados la segunda parte pretendía incluir algunos derechos derivados del contrato social, pero que no eran participaciones en el capital social.

derechos que producen intereses. De ahí que fuese necesario aclarar los límites tanto en la versión inglesa como en la francesa.

El origen histórico del segundo elemento permite entender que la verdadera razón de su existencia es adicionar dentro de la parte autónoma de la definición algunos derechos con contenido similar a las participaciones enunciadas en la primera parte, pero que no encajan dentro de su estricto significado mercantil; lo cual se aprecia fácilmente en que el tenor literal (al menos de la versión inglesa y española) contiene y explica un elemento distinto a los ya mencionados en la primera y tercera parte. Debe reconocerse que los derechos a participar en beneficios también están incluidos en el artículo 11.3 MCOCDE, el cual comprende como intereses a “las rentas de créditos, con y sin... cláusula de participación en los beneficios del deudor”. En este sentido, si bien las palabras incluidas en la definición de dividendos “otros derechos... que permitan participar en los beneficios” no permiten distinguir entre intereses y dividendos, lo cierto es que el factor decisivo está en la expresión “derechos de crédito” que se utiliza como criterio definitorio esencial respecto de los “intereses” en art. 11 de los CDI. De ahí que los meros derechos de participación en beneficios otorgados a acreedores, como ocurre con los préstamos y deudas participativas, no se puedan calificar como dividendos mediante la segunda parte de la definición del art. 10.3 del Modelo<sup>997</sup>.

Esto se explica en que, como dice PIJL, la CVDT exige dar a la expresión “derecho de crédito” un significado legal formal, según el cual debe ser un instrumento, que bajo el derecho contractual, obligue a un deudor frente al acreedor al pago del principal<sup>998</sup>. Así, los derechos enumerados en el artículo 11.3 MCOCDE vienen a ser una lista ejemplificativa de los derechos de crédito. Bajo esta idea, se rechaza la posibilidad de que el criterio del riesgo se aplique para ampliar el contenido de la expresión “derechos de crédito” más allá de su significado jurídico-privado<sup>999</sup>, e incluso contable<sup>1000</sup>, y para abarcar, de esa forma, las

---

<sup>997</sup> vid. párr. 18 y 19, art. 11 CMOCDE.

<sup>998</sup> PIJL 2011: p. 494. En igual sentido: BUNDGAARD 2014: p. 425.

<sup>999</sup> Dando prevalencia al significado jurídico-privado de derechos de crédito: España, Tribunal Supremo-Sala de lo Contencioso, Sentencia de 18 de abril de 2013, Número de Recurso 180/2010; BROWN 2012: p. 33-34; VANOPPEN 2012: p. 122-129.



participaciones sociales que no asuman el riesgo propio de un accionista. En consecuencia, no podrían generar rentas que se califiquen como intereses a efectos del CDI. Por ello, aunque se haya interpretado que aquellos activos que dan derecho a remuneraciones que no dependen del resultado económico de la entidad, ni conceden una participación en las reservas ocultas de la misma, son intereses<sup>1001</sup>, lo cierto es que estos factores no son relevantes para determinar si es o no un derecho de crédito.

En otras palabras, la definición de intereses, al igual que la de dividendos, ha sido construida como una renta que deriva del capital mobiliario, en este caso, de aquel entregado al deudor bajo la obligación contractual de devolver el principal o el valor nominal. Aquellos derechos que no ofrecen certeza contractual sobre el pago del principal o del valor nominal, no son “derechos de crédito”<sup>1002</sup>. Para BÄRSCH<sup>1003</sup> y ROTONDARO<sup>1004</sup> la existencia de un derecho de crédito depende de que contractualmente no haya contingencias acerca del derecho a la devolución, ni sobre el monto del principal o el valor nominal, según sea el caso. Bajo ese entendido, el riesgo de pérdida de capital por la insolvencia del deudor no es un criterio distintivo, ya que ese riesgo es prácticamente el mismo para la financiación interna y externa.

Con esa lógica, las remuneraciones de los contratos de cuentas en participación podrían ser excluidas de la definición de intereses en los CDI cuando el riesgo asumido por el cuenta partícipe oculto se extiende también la participación en pérdidas. Debe recordarse que bajo ciertos contratos el oculto tiene derecho a participar de los beneficios -pero no de las reservas o del *good will*- y no asume las pérdidas. Sin embargo, bajo otros negocios se puede asumir negativa y positivamente el riesgo de la operación, configurándose un derecho que no es de crédito, por lo que se ha discutido en Alemania si calificaría dentro

---

<sup>1000</sup> vid. la Norma 9ª del PGC; NIC 39: GA31; Comité de Interpretaciones de Información Financiera del IASB no. 2.6-8; KPMG 2006: p. 761; NIC 32.

<sup>1001</sup> LANG, M. (1991) *Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht*. Viena: Linde. p. 138. Citado por BUNDGAARD 2014: p. 425.

<sup>1002</sup> VOGEL 1997: no. 56, art. 11.

<sup>1003</sup> BÄRSCH 2014: p. 437.

<sup>1004</sup> ROTONDARO 2000: p. 263-268.

del artículo 7 o dentro del 10 del MCOCDE<sup>1005</sup>. En tanto que existe una participación en beneficios y es un derecho distinto de los de crédito, los rendimientos obtenidos por el oculto en los contratos de cuentas en participación podrían ser considerados como dividendos siempre que sean pagados por una “sociedad”. Incluso, eventualmente en los casos en los que sean un derecho de crédito pero se asuma el riesgo empresarial, las rentas podrán ser consideradas dividendos a efectos convencionales si resultan sujetas al mismo régimen fiscal de las acciones, de acuerdo con la tercera parte de la definición. Por estas dificultades, los rendimientos de tales contratos suelen aparecer regulados expresamente como dividendos a efectos de los CDI, en la práctica convencional.

Así mismo, los préstamos perpetuos o con amortización a largo plazo (*super-maturity debt*) comparten el riesgo empresarial de manera semejante a un accionista, desde un punto de vista económico, pero solo cuando se pueda configurar jurídicamente una obligación absoluta e incondicional de devolución del capital se tratará de un derecho de crédito. En este punto, entonces, hay autores y ordenamientos jurídicos que dan una interpretación económica del riesgo de tal obligación, y en consecuencia excluyen a los rendimientos de los mismos de la calificación de intereses, mientras que otros dan preferencia al análisis meramente jurídico de la existencia de tal obligación y, en tal sentido, califican sus rendimientos como intereses<sup>1006</sup>. Sin embargo, como hemos dicho, la interpretación de los “derechos de crédito” ha de ser netamente legal y los análisis económicos no parecen

---

<sup>1005</sup> VOGEL 1997: no. 229, art. 10 y no. 61, art. 11. Así, los contratos que acepten los resultados adversos no pueden calificar como “derechos de crédito” generadores de intereses según los CDI. En España, el Código de Comercio el artículo 239 destaca que podrán “los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”.

<sup>1006</sup> vid. BUNDGAARD, 2008: p. 141-142. Resulta ilustrativa su conclusión al respecto: “In line with the analysis above regarding Danish law (see 3.4.), it can be argued that a perpetual instrument does in fact represent a right to redemption for the holder, even though the actual redemption may never take place. This argument is supported by the position of Vogel, who states that the term “debt claims” should be understood in its broadest sense. Moreover, the argument is supported by the German opinion regarding perpetuals (*Ewige Anleihen*) which regards these as debt claims under Art. 11 of the OECD Model. Seemingly, the basis for this conclusion is still an existing – albeit postponed – obligation of repayment of the loan. However, it is reported that the dividend provision in some German treaties would apply in cases where the instrument also includes a profit participation. Support is also found in a 1992 UK decision of the Special Commissioners which held that a payment of interest under perpetual debt (also known in the United Kingdom as “equity notes”) was interest rather than dividends under the applicable treaty, and also that it was not a distribution under the prevailing UK definition. This led to tax arbitrage, which in turn led to the introduction of specific legislation that reclassified yield on equity notes to distributions”. La misma conclusión respect de de los créditos participativos: BUNDGAARD & DYPPEL 2010: p. 662.

encuadrar perfectamente en la de definición del Modelo<sup>1007</sup>. Uno de los argumentos en esa línea, que se nos antoja asaz convincente, es el hecho de que la Directiva de Intereses y Cánones, que como es bien sabido se basa en la definición del art. 11 del MCOCDE, haya especificado que las deudas perpetuas y a largo plazo no entran dentro de la definición de intereses, con lo cual, *a contrario sensu*, sin una regla específica tales préstamos serían derechos de crédito<sup>1008</sup>.

Ahora bien, para PIJL los términos “otros derechos” y “otras participaciones sociales” usados en el art. 10.3 MCOCDE deben ser entendidos de forma que puedan aceptar instrumentos que formalmente sean “derechos de crédito”, pero que según el criterio de riesgo contenido en el párr. 25 de los Comentarios al artículo 10 sean instrumentos generadores de dividendos<sup>1009</sup>. Si bien ello es así, no puede concluirse que aquellas deudas que soportan el riesgo empresarial por ser operaciones de subcapitalización puedan calificar dentro de la segunda parte de la definición de dividendos, en la medida en que formalmente son un derecho de crédito. Es decir, el criterio de riesgo, al ir más allá del significado jurídico-privado de “derechos de crédito”, solo tiene cabida dentro de la tercera parte de la definición de dividendos, aunque como veremos más adelante, eso no ha estado claro en la doctrina.

Recapitulando, es razonable afirmar que la segunda parte de la definición de dividendos resulta en una norma más amplia que la primera parte y, por lo tanto, más adecuada para ser contenida en un Modelo de Convenio. De igual manera, de acuerdo con la misma definición, es posible calificar como dividendos aquellas rentas de capitales calificadas como instrumentos de patrimonio, así como los derechos a participar en beneficios de la entidad que no supongan para el emisor la obligación contractual de devolver el principal. Para terminar, debe destacarse que algunos CDI, basados en el Modelo de Países Bajos, definen dividendo agregando entre la segunda y tercera parte del art. 10.3 MCOCDE la

---

<sup>1007</sup> BROWN 2012: p. 34; VANOPPEN 2012: p. 122-129.

<sup>1008</sup> La Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembro: “Artículo 4.1. d) los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea devengable más de 50 años después de la fecha de emisión”. BUNDGAARD, 2008: p. 142.

<sup>1009</sup> PIJL 2011: p. 496.

frase “...así como las rentas de derechos de crédito que permitan participar en beneficios...”<sup>1010</sup>. Como explica PIJL, esta política de Países Bajos se explica en que tradicionalmente en ese país las rentas de los derechos de crédito que participan en beneficios son tratadas como dividendos. Sin embargo, en España no ocurre lo mismo, de manera que la regla genera claros espacios para la planificación fiscal pues se trata de una parte autónoma de la definición<sup>1011</sup>.

#### **2.4. TERCERA PARTE: LA REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN INTERNA**

La tercera parte de la definición de dividendos incorpora una acepción del concepto construido a partir del tratamiento tributario de las rentas según el derecho interno del Estado de la fuente. Se trata de una referencia a la legislación doméstica añadida en una norma de calificación<sup>1012</sup> que ha sido vista como un defecto del Modelo, puesto que no logra una distribución equitativa de la potestad tributaria entre los estados, sino que, por el contrario, favorece a aquellos que tienen definiciones más amplias en sus legislaciones<sup>1013</sup>. Además, la remisión no resuelve los problemas de interpretación, pues tan solo los remite a otro nivel, con el agravante de que para interpretar las normas remitidas deben aplicarse las normas de interpretación previstas por el derecho interno. Igualmente, la remisión crea problemas para determinar la norma calificadora aplicable, que bien puede ser la vigente al momento de la firma (interpretación estática), la vigente al momento de la aplicación (interpretación dinámica) o la vigente al momento de la aplicación que se enmarque dentro de la intención original de las partes (interpretación evolutiva)<sup>1014</sup>.

La solución propuesta por el art. 10.3 MCOCDE no es, evidentemente, perfecta. Tal y como se expuso al revisar la historia y como lo revela el párr. 23 de los Comentarios al mismo artículo del Modelo, la remisión es producto de la imposibilidad de ofrecer una

---

<sup>1010</sup> Esa misma idea se plasma en el Protocolo VIII del CDI España-Países Bajos de 1971 que indica: “Las disposiciones del artículo 10 también se aplicarán a la renta de los abonos u obligaciones con derecho a participar en los beneficios”.

<sup>1011</sup> PIJL 2011: p. 411.

<sup>1012</sup> HARUN 2008: p- 267-286, p. 271; REIMER 1999: p. 472.

<sup>1013</sup> HELMINEN 2010: p. 45; VOGEL 1997: p. 57; AVERY JONES 1986: p. 79.

<sup>1014</sup> En relación con este punto la literatura es abundante. Con las referencias ahí citadas: EDWARDES-KER 1994: Capítulos 8 y 9; VOGEL 1997: párr. 174a y ss.; HARUN OGUTU 2008: p. 271 y ss.

definición autónoma, urdida como consecuencia de las “divergencias que subsisten entre los estados miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria”. De esta manera, las críticas mencionadas en el párrafo anterior son válidas pero deben matizarse, ya que el Concepto de dividendo funge como un tipo residual creado para proteger el poder tributario del Estado de residencia de la entidad distribidora de dividendos. Con esa finalidad en mente, deben aclararse los siguientes aspectos:

-La remisión al derecho interno prevista en la tercera parte de la definición de dividendos comprende la legislación vigente en el momento en que se perfecciona el hecho imponible, pues de otra forma llevaría a resultados absurdos<sup>1015</sup>. En otras palabras, una interpretación evolutiva parece apropiada para entender la tercera parte del artículo 10.3 MCOCDE.

-La remisión presupone la aceptación en el Tratado de los principios generales con base en los cuales se gravan los dividendos, de suerte que si los Estados con definiciones menos amplias de dividendos consideran que el reparto sería injusto pueden modificar el alcance de la remisión. Si no lo hacen en el momento de la negociación, se presume su aceptación, conque el intérprete judicial difícilmente puede evaluar la reciprocidad o justicia del CDI sin desconocer su texto.

-Ante los cambios legislativos que impliquen la ampliación de la definición de dividendos convencional, la cuestión radica en determinar si dicha actuación vulnera el principio de la buena fe previsto en el art. 31 de la CVDT, que exige que las modificaciones al derecho interno se den dentro del ámbito de lo que haya sido previsto por los negociadores.

Dejando de lado la discusión sobre la idoneidad de la remisión, parece más relevante centrarse en determinar su alcance. La primera característica que salta a la vista es la forma indirecta en que se remite a las definiciones internas, ya que esto se hace a partir de una comparación entre el régimen fiscal que el Estado de la sociedad prevé para la renta de “otras participaciones sociales”<sup>1016</sup> y el aplicable a las acciones. De esta forma, si el Estado de residencia considera que, para fines internos, los rendimientos distintos de las distribuciones formales de utilidades deben gravarse como dividendos de las acciones, a efectos del CDI se entenderán también como dividendos.

---

<sup>1015</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 199, p. 656; SIX 2009: p. 23.

<sup>1016</sup> Según el MCOCDE. Recuérdese que en la práctica convencional puede aparecer “otros derechos” o directamente, “otros rendimientos”. vid. Capítulo I Apto.

Por supuesto, esta remisión resulta bastante amplia y puede dar lugar a conflictos de calificación, en especial cuando el Estado de la fuente de los dividendos grave rentas que ordinariamente no se consideran dividendos en otros Estados. Por ejemplo, en algunas legislaciones la amortización de las acciones, los rendimientos de derivados cuyo subyacente sean acciones, las acciones gratuitas, entre otros tipos de pagos, se gravan de la misma forma que dividendos, de manera que una lectura apresurada del art. 10 MCOCDE permitiría considerarlos dividendos sujetos a una tributación limitada en la fuente. Esos mismos supuestos pueden ser calificados por el otro Estado contratante como ganancias de capital a efectos del artículo 13.5 MCOCDE y, por tanto, sujetas de forma exclusiva en la residencia<sup>1017</sup>. Sin perjuicio de que nos refiramos posteriormente a este asunto de forma más profunda, puede afirmarse que en términos generales tales conflictos de calificación se resuelven dando prevalencia al artículo de dividendos, pues este remite al derecho interno del Estado de la fuente, siempre y cuando se cumpla con los dos requisitos de la remisión: a) ser una renta de “participaciones sociales”; y, b) estar sujeta al mismo régimen tributario que las acciones. Dicho esto, en lo que sigue se analizará cada requisito de forma separada.

#### **2.4.1. LA EXPRESIÓN “PARTICIPACIONES SOCIALES”**

La expresión “participaciones sociales” que aparece en el MCOCDE, el MCONU y en muchos CDI españoles y colombianos, es utilizada para delimitar el tipo de rentas incluidas por la remisión. Como se expuso, en algunos CDI se reemplaza la expresión “participaciones sociales” por “otros derechos” u “otras participaciones”, lo que hace más amplia la remisión, o simplemente se deja de indicar el activo del cual derivan y se remite de forma amplísima a todas las “rentas”<sup>1018</sup> que estén sujetas al mismo tratamiento tributario que los rendimientos de las acciones. Esas variaciones son un reconocimiento a la ambigüedad del art. 10 del Modelo. Pues bien, ante la ausencia de la expresión “participaciones sociales” en los CDI, lo dicho en este apartado no resulta relevante mientras que el requisito de comparabilidad que se estudia más adelante será decisivo<sup>1019</sup>.

---

<sup>1017</sup> HARUN OGUTU 2008: p. 278 y ss.

<sup>1018</sup> Incluso algunas remisiones evitan utilizar la palabra renta para comprender cualquier ingreso o recibo.

<sup>1019</sup> Aunque el MCEUA no contenga expresamente esa frase en la redacción de la definición de dividendos, las *Technical Explanations* si la incluyen. Sin embargo, se ha interpretado que la misma mención se refiere sólo a la primera y segunda parte de la definición. Así lo entiende HELMINEN 2010: p. 96.

En coherencia con una interpretación estricta, las “participaciones sociales” comprenderían aquellos derechos que ordinariamente tienen los socios en una entidad<sup>1020</sup>. Sin embargo, una visión amplia supondría que las participaciones sociales serían aquellas derivadas de una relación financiera tratada como tal en el derecho interno<sup>1021</sup>. En esa línea, el Informe de subcapitalización de 1987 indicó que si la tercera parte de la definición se interpretara estrictamente, no debe agregarse nada a las primeras dos, con lo cual debería ser entendida de forma amplia. Además, no podría constituirse en un obstáculo para frustrar las normas internas que atacan las transacciones abusivas, como la regulación de la subcapitalización<sup>1022</sup>.

De este modo, mientras que la visión estricta mantendría la idea de un significado intrínseco y autónomo justificado por la necesidad de no hacer superflua su inclusión en la definición<sup>1023</sup>, la amplia partiría de entender que las participaciones sociales son un concepto no definido en el CDI que debe ser interpretado de conformidad con el artículo 3.2 MCOODE, lo que haría necesario discutir cuál calificación debe prevalecer cuando un instrumento financiero es calificado como deuda a efectos jurídico-privados, y cuál cuando se le califique como fondos propios a efectos tributarios. Para el *international tax group* dicho problema no se presentaría acogiendo la interpretación restringida, puesto que la parte autónoma descartaría la consideración del instrumento como “participación social” por el mero hecho de ser un derecho de crédito y, por lo tanto, su rendimiento no sería un dividendo para fines convencionales<sup>1024</sup>. En realidad el art. 3.2 del Modelo soluciona ese problema al dar preferencia a la legislación tributaria sobre la mercantil.

Hans PIJL, quien analiza la definición de dividendos prevista en los CDI para distinguirla de los intereses en el caso de endeudamientos híbridos, plantea un significado de “participaciones sociales” mucho más amplio que el descrito. En su concepto, la expresión

---

<sup>1020</sup> Tal y como lo indica el párr. 28 de los Comentarios al art. 10 MCOODE que destaca que el término “derechos de los socios”, que en inglés se redacta como “*membership rights*” permite diferenciar los derechos “en” una entidad, de aquellos “en contra” de la misma. Cfr. AVERY JONES et al 2009: p. 24-25.

<sup>1021</sup> Cfr. AVERY JONES et al 2009: p. 24-25; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

<sup>1022</sup> OECD 1987a: párr. 56.

<sup>1023</sup> VOGEL 1997: párr. 188, art. 10.

<sup>1024</sup> Cfr. AVERY JONES et al 2009: p. 24-25.

designa instrumentos en los cuales una sociedad es la “contraparte”, pretendiendo así excluir con el término “sociales” los derechos en negocios de individuos y en *partnerships*. El fundamento de dicha argumentación se encontraría en la historia que, como se ha dicho en este trabajo, explica que la tercera parte de la definición tenía por objeto determinar cuál podía ser la entidad distribuidora de dividendos. Así, la definición de dividendos para PIJL sería:

abierta por su carácter de categoría residual, a la luz de la imposibilidad de incluir exhaustivamente todos los casos sin referirse al derecho interno. Limitaciones adicionales no pueden ser derivadas del artículo y este deja el ámbito de categoría final más abierto. Probablemente, lo que el derecho interno trate como dividendos en adición a las tradicionales acciones, etc., era aceptable en 1963 por los estados miembros, y el tratamiento por el derecho interno era aceptado con respeto, de forma que mayores especificaciones no fueron deseadas<sup>1025</sup>.

Con ello, la afirmación de PIJL prácticamente inutiliza los términos “participaciones sociales” como requisito previo de la remisión<sup>1026</sup>. El problema es que los CDI buscan con esta frase indicar que la renta procede de un derecho que entraña la participación en la entidad distribuidora, pero no que la pagadora deba ser siempre una sociedad<sup>1027</sup>. Es posible llegar a un resultado similar al de PIJL, indicando que la expresión “participaciones sociales” debe ser calificada conforme a la legislación del Estado de la fuente, no solo como una relación financiera de cualquier tipo, como en la visión amplia, sino también como una relación de asociación en términos amplios, lo cual es procedente siempre que dicha jurisdicción respete la exigencia de buena fe.

En definitiva, se aprecian tres interpretaciones de la expresión. La primera basada en la idea del concepto único supuestamente presente en el artículo 10 MCOUDE y la comprensión ordinaria de la relación de propietario de la sociedad; la segunda, que remite al derecho

---

<sup>1025</sup> PIJL 2011: p. 484.

<sup>1026</sup> PIJL 2011: p. 484.

<sup>1027</sup> Es decir, la remisión no pretende comprender todos los pagos hechos por las sociedades. El párr. 23 al art. 10 MCOUDE explica que mediante “las negociaciones bilaterales los Estados contratantes pueden tener en cuenta las particularidades de sus legislaciones y convenir la ampliación de la definición de “dividendos” a otros pagos hechos por las sociedades a las cuales se aplica el artículo” (subrayado fuera de texto). *A contrario sensu*, el Modelo descarta la idea de que todos los pagos hechos por una sociedad pueden ser considerados como dividendos por la legislación interna pueden ser dividendos a efectos convencionales.



interno pero que puede traer a colación todas las definiciones previstas por las legislaciones tributarias y no tributarias del Estado de la fuente; y finalmente, la tercera, que interpreta que pueden ser derechos de cualquier tipo, incluso los pactados con empleados y proveedores, sin que sean necesariamente comparables con los derechos de las acciones<sup>1028</sup>. Lo dicho destaca que la ambigüedad de la definición también se predica de la tercera parte. Sin embargo, de *lege lata* consideramos que la interpretación de la expresión “participación social” como una relación asociativa de cualquier tipo considerada por la legislación del Estado de la residencia de la entidad distribuidora de dividendos como similar a una acción, puede solucionar muchos conflictos, así como ofrecer una interpretación y aplicación más coherente.

#### **2.4.2. COMPARABILIDAD: EL SIGNIFICANTE NO COINCIDE CON EL SIGNIFICADO**

Una de las conclusiones más interesantes del Congreso de la IFA de 2012 sobre el *debt-equity conundrum* es el reconocimiento de dos grandes problemas fiscales en torno a las fuentes de financiación: de un lado, las diferentes perspectivas en torno a la línea divisoria entre el endeudamiento y el capital y, en segundo lugar, los variados tratamientos tributarios que reciben las dos categorías. Esta idea parece haber sido la misma que tuvo en cuenta la OEEC y la OCDE en la evolución histórica de la definición de dividendos, pues es preciso recordar que el WP12 en 1960 y el WP1 en 1973 reconocieron tempranamente la imposibilidad de dar un concepto uniforme para todos los Estados. De hecho, por esa misma razón se decidió hacer una remisión al derecho interno que comprendiera como dividendos aquellas rentas que tengan el mismo tratamiento fiscal en el Estado de residencia de la sociedad que los distribuye, así como una advertencia a los estados sobre la importancia de negociar la definición considerando sus sistemas tributarios internos. Sin embargo, ni la remisión condicionada al concepto autónomo de “participaciones sociales” parece ser adecuada para garantizar un marco que permita evitar fenómenos de doble imposición o la doble no imposición, ni la advertencia parece haber sido escuchada<sup>1029</sup>.

---

<sup>1028</sup> PIJL 2011, p. 502.

<sup>1029</sup> Esto se prueba con la revisión de los CDI españoles que hemos visto copian la definición del Modelo con pocas modificaciones.

Con lo dicho, podría pensarse que la definición de dividendos prevista en el MCOCDE engloba dos elementos de calificación de la renta que de por sí son incompatibles: el primero que atiende a la naturaleza de la renta, esa línea divisoria vaga y oscura construida a partir del activo del cual derivan, en particular, las participaciones en una entidad distribuidora de dividendos *–significante–*; y el segundo, que atiende al tratamiento tributario de la renta, según el cual serían dividendos las rentas sujetas al mismo régimen fiscal de las acciones y que potencialmente soportan un impuesto subyacente *–significado–*. En la medida en que se siga la recomendación de negociar una definición adecuada a las legislaciones internas de los Estados contratantes, *significante* y *significado* tendrían que coincidir<sup>1030</sup>. Sin embargo, si ello no fuere así, podrían darse dos escenarios problemáticos:

- a) un rendimiento que según su naturaleza sea un dividendo por derivar de una participación social, pero que no tenga el tratamiento tributario de dividendo; y,
- b) un rendimiento que, al no derivar de una participación social, no sea un dividendo, pero que reciba el tratamiento tributario previsto para esa clase de renta.

La preferencia de la calificación por la naturaleza jurídica del activo que genera la renta o por el tratamiento tributario que reciba puede encontrarse en la discusión en torno a la parte autónoma y residual del art. 10.3 MCOCDE, sobre la cual se suele decir que la primera prevalece sobre la segunda. De esta manera, en el caso a), la renta será considerada como dividendo si la naturaleza, formal o sustancial, del activo que la genera es la de una participación social, a pesar de no ser gravada como tal<sup>1031</sup>. En el caso b), bajo el MCOCDE, la renta no podrá ser considerada dividendo a efectos convencionales al no proceder de una “participación social”. De esta forma, la calificación por la naturaleza prevalece y el objetivo de eliminar la doble imposición o la no imposición puede no

---

<sup>1030</sup> Pasquale d’Aroma, Presidente del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones, ya anticipaba que la responsabilidad del diseño del Tratado no podría recaer en los redactores del Modelo, pues cada Convenio debía amoldar los principios de la guía en las particularidades de los sistemas tributarios. Textualmente: “having regard to the diversity of the legislative system represented in the Committee, and the necessity for finding formulae capable of acceptance by everyone, it will be recognised that the experts were bound to confine themselves to indicating general rules, leaving particular points of difficulty to be dealt with – in the spirit of the accepted general principles – by those on whom the task of negotiating the bilateral conventions will ultimately fall”. LEAGUE OF NATIONS 1927: carta de presentación. Como se observa, si el espíritu del art. 10 del MCOCDE y los principios aceptados en su diseño era regular la distribución de una renta que potencialmente tenía la doble imposición económica sociedad-socio (significado), es labor de los negociadores hacer que en cada CDI se concrete una regla que cubra todos los supuestos en que ello puede ocurrir.

<sup>1031</sup> VOGEL 1997: párr. 189 art. 10; SIX 2009: p. 23.

cumplirse de la forma como inicialmente habría sido querida por los negociadores<sup>1032</sup>. No obstante, la estructura gramatical de la definición no permitiría en el caso b) calificar la renta como dividendos, ni en el caso a) escapar de la definición de dividendos.

La diferencia entre *significante* y *significado*, así como la ambigüedad expuesta en el anterior apartado, se ilustra perfectamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Checa que ante un CDI que no incluía en la redacción de la definición de dividendo la expresión “participaciones sociales”, interpretó que un interés recalificado como dividendo en virtud de una norma de subcapitalización no era tal, puesto que provenía de derechos que no daban una participación en la sociedad. Textualmente indicó la Corte que no es posible sostener que “la participación en una empresa pueda ser entendida en el Derecho tributario de forma más amplia que para el Derecho Privado; esto habría tenido que ser establecido por la legislación fiscal [...] ni en relación con las normas contenidas en el código de comercio, ni en términos generales, surgió alguna participación social para los acreedores”<sup>1033</sup>.

Además, cuando la tercera parte es tan amplia como para incluir los “otros derechos” o las “otras rentas”, o simplemente, cuando se interprete de forma laxa la expresión “participaciones sociales”, es posible que se mantenga la mención de que están “sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución” (subrayado nuestro). Esta mención puede justificar argumentos que excluyan aquellos pagos que no dan derechos a

---

<sup>1032</sup> Asunto harto difícil de probar gracias a la costumbre de muchos estados de hacer confidenciales los documentos de las negociaciones. Bien podría pensarse que los negociadores se enfrentaron al problema de definir dividendos y, al incorporar un significado autónomo basado en la naturaleza de la renta, seguramente asumieron una posición conservadora para no ceder un amplio poder de imposición al Estado de la fuente, que podría considerar como dividendos todas las rentas gravadas como las rentas de las acciones, con que la expresión “participaciones sociales”, entendida desde un punto de vista ordinario, era la mejor solución. En este caso *significante* y *significado* son idénticos. Sin embargo, estos tomarán vías distintas cuando dicha intención no se encuentre probada y, por el contrario, se evidencie que los negociadores nunca pretendieron abarcar rentas que no estuvieran sujetas al régimen fiscal de los rendimientos de las acciones. Para efectos de este trabajo y para demostrar el punto, tendremos que hacer una suposición de que *significante* y *significado* son distintos desde este punto de vista.

<sup>1033</sup> República Checa, Sentencia de la Corte Suprema Administrativa, 10 de febrero de 2005, Caso: *AAA v. Financial Directorate*, 8 *ITLR*, 178 *et seq.* Criticando la decisión por no tener en cuenta la literalidad del CDI. DE BROE 2008: nota al pie 678. Por otra parte, destacando la posibilidad de utilizar el Derecho Privado para definir participaciones sociales: AVERY JONES et al 2009: p. 25.

“distribuciones”, entendidas estas desde un punto de vista jurídico-mercantil, como sería el caso de las cuotas de la liquidación o la reducción de capital con devolución de aportaciones<sup>1034</sup>. En este caso, significante y significado también tomarán vías distintas si la renta tratada fiscalmente como dividendo no es mercantilmente una distribución.

En definitiva, la existencia de una parte autónoma y una remisión al derecho interno del Estado de la fuente en una misma definición puede dar lugar a conflictos de calificación. Si se tiene en cuenta que el significado intrínseco de la definición sería autónomo y sobre el mismo hay varias interpretaciones y perspectivas, es evidente que dichas asimetrías en la aplicación pueden ser comunes. Por ello, SIX afirma que la referencia al derecho interno debería comprender toda la definición de dividendos para evitar los conflictos de calificación, en la medida en que la distinción con los intereses dependería simplemente de la calificación en el Estado de la fuente<sup>1035</sup>. Esta alternativa es interesante, pero presentaría problemas para determinar aquellos casos en que el Estado de la residencia grava los beneficios no distribuidos por la entidad en virtud de regímenes de transparencia. Tal y como se señaló al hablar de la entidad distribuidora, la parte autónoma de la definición permite que el CDI garantice el reparto del poder tributario, exigiendo que se elimine la doble imposición según los métodos convencionales. Lo mismo puede decirse de aquellas rentas consideradas dividendos implícitos por el Estado de la residencia. En todo caso, un resultado similar al propuesto por SIX se logra con la interpretación que hemos sostenido, según la cual los derechos de crédito solo se comprenden en la tercera parte de la definición de dividendos, y al defender que los conflictos de calificación se resuelven impidiendo que el Estado de la residencia alegue su legislación interna. De forma que mientras no haya conflictos de calificación la aplicación del Estado de la residencia será válida.

Por otra parte, la remisión contenida en el art. 10.3 MCOCDE se construye a partir de un análisis comparativo entre el tratamiento fiscal de las rentas de las acciones y el tratamiento fiscal de la renta en cuestión. El mismo se requiere a través de dos fórmulas gramaticales que inicialmente no parecen suponer grandes diferencias: la primera usa la redacción

---

<sup>1034</sup> Destacando cómo la mención o la “distribución” en la tercera parte puede ser interpretado para excluir reducciones del socio en una sociedad. AVERY JONES et al 2009: p. 27.

<sup>1035</sup> SIX 2009: p. 23 y ss.

“...sujetos al mismo régimen fiscal de...” y la segunda “... asimiladas a...” los rendimientos de las acciones. La comparación no siempre tiene un resultado completamente claro por los diferentes elementos que deben considerarse, sobre todo, en el caso de analizar el régimen fiscal, pues la asimilación casi directamente a las normas definitorias y presupuestos de hecho sustitutivos, mientras que la evaluación del régimen fiscal es bastante más compleja ya que el mismo varía según quien sea su receptor e incluye todos los elementos y aspectos del hecho imponible.

En primer lugar, lo más lógico será determinar el tratamiento fiscal de acuerdo con el aspecto cuantitativo del hecho imponible de ambas rentas, analizando, por ejemplo, el tipo impositivo aplicado a las acciones según el régimen de impuesto de renta de no residentes frente al régimen que se le aplica al otro ingreso. En España este análisis no sería de utilidad para distinguir los dividendos de los intereses y las ganancias de capital a efectos convencionales, pues desde que se incorporó el régimen de rentas del ahorro en 2007, salvo algunas excepciones, todos estos elementos de renta están sometidos al mismo tipo impositivo para la base del ahorro o están exentos (art. 25.1.f y 14.1 lits. c) y h) TRLIRNR)<sup>1036</sup>. Si es cierto que los dividendos y distribuciones de beneficios tienen unas exenciones especiales (art. 14.1 lits. j), k) y l) TRLIRNR) y que en general por las menciones que el TRLIRNR hace a los tipos de rendimientos, podría interpretarse que hay una remisión a las normas definitorias de la LIRPF<sup>1037</sup>. No obstante, la mera revisión del tipo impositivo no permite en muchos casos distinguir a los dividendos de los demás rendimientos del capital mobiliario.

En segundo lugar, pueden analizarse las normas que determinan los tipos de rentas a efecto de IRPF para ver si suponen un tratamiento fiscal especial para los dividendos frente a las otras rentas, lo cual, en el caso de España, tampoco parece dar una respuesta que permita distinguir el régimen de los intereses del de los dividendos, pues si bien la LIRPF habla de los rendimientos *obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de*

---

<sup>1036</sup> El tipo es del 19%, pero temporalmente la retención es del 21%. Esta alícuota que se iguala al tipo de la base del ahorro hasta 6000 euros. Sin embargo, para residente el tipo aumenta al 26% (de 6001 a 24.000 euros) y 27% (24.001 en adelante).

<sup>1037</sup> Incluso por esa vía, el literal h) del art. 14.1 del TRLIRNR remite a su vez a la Directiva Matriz-Filial.

*entidad* y la finalidad de su utilización no es otra que determinar las rentas del capital y, dentro de éstas, las del ahorro. Esta última categoría solo permite distinguir el tratamiento tributario de los dividendos y de “la renta general”, pero no de los intereses ni de algunas ganancias de capital, pues todos estos ingresos hacen parte de las rentas de ahorro y, en ese sentido, tienen normas cuantificadoras idénticas (art. 25 y 46 LIRPF). Sin embargo, la exención de los primeros 1.500 euros prevista para los rendimientos por la participación en los fondos propios de entidades es un aspecto distintivo que cobra importancia, pero que desaparecería a partir del primero de enero de 2015 dejando irresuelta la distinción en el tratamiento tributario<sup>1038</sup>.

En tercer lugar, se puede indagar si existen métodos para eliminar la doble imposición económica sociedad-socio previstos en el derecho interno, para de ahí buscar qué rentas son las que tienen derecho a ese régimen fiscal<sup>1039</sup>. Así, se podría llegar a una definición de dividendos interna. Ello ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde para poder evitar la doble imposición económica se requiere determinar qué ingresos son dividendos (art. 20 ET) y, así, qué parte de ellos no son constitutivos de renta y ganancia ocasional (art. 48 y 49 ET). En el caso del país suramericano esta regla aplica con independencia del receptor de los dividendos, pero si, como ocurre en muchos países, tales medidas se limitan a los residentes, habrá un régimen fiscal de las acciones poseídas por los que tengan esa condición y otro para los que no, suscitando la cuestión de a cuál régimen se refiere la remisión del art. 10.3 del Modelo. En España, por ejemplo, la LIRPF no contiene una regla para evitar la doble imposición económica, mientras que las normas del impuesto de sociedades permiten eliminar la doble imposición económica de los “dividendos y participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España”, a través de una deducción en la cuota (art. 30 TRLIS o 31 LIS 2014) o de una exención (art. 21 TRLIS o 21 LIS 2014) restringida a los residentes y EP constituidos en España<sup>1040</sup>.

En cuarto lugar, se puede explorar si los pagos son o no deducibles en cabeza de la entidad distribidora. Este criterio, que podría encontrar justificación en la historia, debido a la

---

<sup>1038</sup> Esta exención desaparece en el Proyecto de Ley de IRPF.

<sup>1039</sup> Así lo hace VOGEL 1997: art. 10, párr. 206.

<sup>1040</sup> Esta conclusión no cambiaría bajo el Proyecto de LIS.

potencial doble imposición económica que pueden sufrir los dividendos a diferencia de los intereses, puede chocar con una interpretación estricta de la redacción de la remisión que exige analizar el régimen fiscal de las rentas de las acciones, no de los beneficios de la sociedad que son distribuidos. Económicamente podría entenderse que los dividendos son los mismos beneficios distribuidos, pero jurídicamente no lo son. De manera que la deducibilidad como criterio distintivo resulta cuando menos discutible.

A pesar de todo lo dicho, hay que aceptar que la remisión al derecho interno puede no cumplir cabalmente su finalidad, especialmente, porque está limitada a la expresión “participaciones sociales” que, como gran parte de la doctrina ha entendido, tiene un significado autónomo. Además, la ausencia de una regla de prioridad expresa entre sus tres partes puede causar conflictos de calificación. Finalmente, la referencia al régimen fiscal de las acciones no está libre de dudas, en tanto que el mismo estará conformado por el concurso de un gran número de factores, por lo que alguien podría pensar que lo importante es la cuantificación, esto es, el tipo impositivo o la existencia de medidas para atenuar la doble imposición sociedad-socio, aunque otros podrían señalar que los demás aspectos del hecho imponible, como la temporalidad, el aspecto espacial, etc., son los determinantes.

## **2.5. RELACIONES ENTRE LOS ARTÍCULOS DE DIVIDENDOS E INTERESES**

La relación entre el artículo 10 y 11 del MCOCDE no se soluciona en los primeros trabajos del WP11 y WP12. De hecho, la superposición fue evidente en la primera definición de intereses en los trabajos de la OEEC que, por un lado, contenía la renta de “... otros activos de capital que puedan ser asimilados a los derechos de crédito o los préstamos”<sup>1041</sup>, al tiempo que el primer concepto de dividendo pretendía comprender a las obligaciones o bonos que participan en beneficios<sup>1042</sup>. A pesar de que en la segunda definición de dividendos<sup>1043</sup> e intereses<sup>1044</sup> estas frases desaparecen, en ese mismo momento surgen nuevas causas de superposición entre las categorías de rentas, debido a las remisiones al

---

<sup>1041</sup> FC/WP11(59)1.

<sup>1042</sup> FC/WP12(58)1, Part II.

<sup>1043</sup> FC/WP12(60)3.

<sup>1044</sup> FC/WP11(60).

derecho interno. En la primera definición la remisión permanece hasta hoy en el Modelo, y en la segunda se eliminó en 1977, pero se mantiene en muchos CDI vigentes a nivel mundial.

Las relaciones entre los art. 10 y 11 del Modelo se han resumido en el criterio de riesgo contenido en los CMOCDE que se analiza a continuación. Al final de este apartado se expondrá cómo las remisiones en el artículo de intereses pueden generar conflictos de calificación actualmente.

### **2.5.1. UNA RELECTURA DE LOS CMOCDE**

Teniendo en cuenta que la segunda parte del art. 10.3 MCOCDE, como ya se expuso, no tiene como objeto incluir aquellos derechos de crédito que sustancialmente se parecen a las participaciones sociales, es importante revisar los Comentarios al Modelo para rastrear cómo se han descrito las diferencias entre el art. 10 y 11, así como para determinar dentro de cuál parte de la definición de dividendos podrían encajar los derechos de crédito. Pues bien, los esfuerzos por diferenciar entre dividendos e intereses empiezan con el Cuarto Informe sobre la tributación de los intereses de 1961<sup>1045</sup>, que es el antecedente del párr. 18 de los Comentarios al art. 11 MCOCDE. Este último indica que “los créditos y, particularmente los bonos y las obligaciones, que otorgan un derecho de participación en los beneficios del deudor, no dejan de ser considerados como préstamo si el contrato reviste en su conjunto el carácter de un préstamo con intereses”. En 1977 el citado párrafo indicaba, además de lo dicho, que “si la participación en beneficios depende de una provisión de fondos que está sujeta a los riesgos del negocio de la empresa, la operación no tiene la naturaleza de un crédito y el artículo 11 no aplica”<sup>1046</sup>. Esa primera referencia al criterio del riesgo se desarrolla más en los CMOCDE de 1992 que, al resumir las conclusiones del Informe de Subcapitalización, indica en el párr. 19 al art. 11:

Normalmente, los intereses procedentes de obligaciones con derecho a participar en los beneficios no deberían considerarse como dividendos, ni tampoco deberán

---

<sup>1045</sup> FC/WP11(61)1.

<sup>1046</sup> MCOCDE 1977.



considerarse como tales los intereses procedentes de obligaciones convertibles hasta que las obligaciones no se hayan convertido efectivamente en acciones<sup>1047</sup>. Sin embargo, los intereses de tales obligaciones deben considerarse como dividendos si los fondos prestados comparten efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad prestataria. En situaciones de presunta subcapitalización, en determinadas ocasiones resulta difícil distinguir entre los dividendos y los intereses, y con el fin de evitar cualquier posibilidad de solapamiento entre las categorías de rentas comprendidas, respectivamente, en el artículo 10 y en el artículo 11, debe entenderse que el término “interés” empleado en el artículo 11 no incluye elementos de renta que caen bajo la aplicación del artículo 10 (subrayado nuestro).

Mediante referencia expresa, el citado párrafo se complementa con el número 25 de los Comentarios al artículo 10 que indica textualmente:

El artículo 10 contempla no solamente los dividendos en sentido estricto, sino también los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad; es decir, cuando el reembolso depende en una gran medida del éxito de la empresa. Los artículos 10 y 11 no impiden, en consecuencia, el tratamiento de este tipo de intereses como dividendos, en aplicación de la normativa interna del país del prestatario relativa a la subcapitalización. La cuestión de precisar cuándo el prestamista comparte los riesgos de la empresa debe apreciarse en cada caso particular a la luz del conjunto de circunstancias, como, por ejemplo, las siguientes:

- [a]-El préstamo supera, en gran medida, las restantes aportaciones al capital de la empresa (o ha sido concertado para reemplazar una parte importante del capital que se ha perdido) y su cuantía no guarda una proporción razonable con los activos amortizables;
- [b]-El acreedor participa en los beneficios de la sociedad;
- [c]-El reembolso del préstamo está subordinado al reembolso de las deudas correspondientes a otros acreedores o al pago de dividendos;
- [d]-La cuantía o el pago de los intereses depende de los beneficios de la sociedad;
- [e]-El contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula que prevea el reembolso en un plazo determinado (subrayado nuestro).

Como se puede ver, estos Comentarios buscan solucionar los conflictos de calificación en una sola vía, cual es la de las clasificaciones y reclasificaciones de “derechos de crédito” en

---

<sup>1047</sup> Esta misma idea se repite en el párr. 24 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE “los intereses de obligaciones convertibles tampoco se consideran dividendos”; “los créditos que dan derecho a participar en los beneficios no entran en esta categoría (véase el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11)” Para VOGEL 1997: art. 10 párr. 192, los bonos no califican como acciones, incluso si tienen el derecho a participar en beneficios o a exigir el cambio o la compra de acciones (bonos convertibles), puesto que no asumen el riesgo empresarial definido por este autor como el criterio de participación en el remanente de la liquidación.

“participaciones sociales”, pero no al contrario. Como se expuso, esa solución unidireccional permite que los conflictos de calificación de las remuneraciones de las acciones o participaciones con privilegios que económicamente tengan características de endeudamiento generen algunas dudas<sup>1048</sup>. Dejando de lado esos casos que ya se han estudiado, puede afirmarse que la definición de “derechos de crédito” en los CMOCDE se basa en un único criterio, a saber, la certeza de la obligación jurídica de devolución de un monto determinado de capital, como se vio en el apartado anterior. En consecuencia, los rendimientos de los mismos se califican como intereses y no pueden ser considerados como dividendos en virtud de la segunda parte de la definición. No obstante, por nuestra parte, interpretamos de los Comentarios que solo puede ignorarse su mandato calificadorio cuando se trata de un préstamo donde el prestamista comparte “efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad” -por lo tanto tiene una “participación social”- y se encuentra gravado como los rendimientos de las acciones. Es decir, solo cabría en virtud de la tercera parte de la definición del art. 10.3 del Modelo. En esa línea, la cuestión relevante es determinar si tiene las características del riesgo que normalmente supone invertir en el capital. Pero ¿qué entienden los CMOCDE acerca de cómo compartir los riesgos del éxito de la empresa?

El citado párr. 35 de los CMOCDE al art. 10 señala que el principal factor para definir los instrumentos que generan dividendos es el derecho al reembolso del capital invertido, es decir, cuando tal reembolso depende de la buena ventura del negocio desde una perspectiva económica<sup>1049</sup>. Aunque puede pensarse que el Modelo asume un criterio único, lo que habría sido ideal para la seguridad jurídica, indica también que habrá que analizar caso por caso con base en el conjunto de circunstancias. Tres de ellas mantienen que el criterio definitorio es la devolución del capital, pero no entendido desde el punto de vista del Derecho Privado, sino desde una perspectiva netamente económica. En primer lugar, las condiciones [c] y [e] proponen un análisis de las operaciones o instrumentos en concreto, de modo que la existencia de subordinación (i.e. deudas o préstamos subordinados) o

---

<sup>1048</sup> En general refiriéndose a este problema y justificando el significado formal de “derechos de crédito”: PIJL 2011: p. 502; BUNDGAARD 2014: p. 425.

<sup>1049</sup> Eso podría inferirse de que se diga que el “artículo 10 contempla no solamente los dividendos en sentido estricto, sino también los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad; es decir, cuando el reembolso depende en una gran medida del éxito de la empresa”.

ausencia de plazo para la devolución (i.e. deudas perpetuas), permiten calificar la financiación como participaciones generadoras de dividendos, en tanto que su posición frente a la entidad es, dadas las condiciones para la devolución del capital, muy cercana a la de un socio o accionista ordinario. En segundo lugar, bajo las circunstancias descritas en el literal [a] se incluye un análisis económico en torno a la posible situación de subcapitalización de la entidad, esto es, cuando los instrumentos de deuda son concedidos y desde un punto de vista económico asumen el riesgo propio de un socio o accionista por no existir activos suficientes para devolver una parte razonable del capital en caso de insolvencia.

Más aún, dos de los factores anotados contienen el criterio de la remuneración. En efecto, los literales [b] y [d] indican que la participación del acreedor en los beneficios en la entidad, así como el hecho de que la cuantía o el pago de los intereses dependa de los mismos, posibilita considerar el instrumento como participaciones generadoras de dividendos. En la misma línea del Comentario, parte de la doctrina ha indicado que los instrumentos deben participar en los beneficios anuales<sup>1050</sup>. La importancia de tal criterio, sin embargo, es aminorado por otros autores que lo consideran complementario, con que si el riesgo se limita a la remuneración del instrumento y no versa sobre el capital invertido, se tratará como un interés para efectos del CDI<sup>1051</sup>, ya que el instrumento no deja de ser un derecho de crédito.

En cualquier caso, los Comentarios no señalan un criterio único de definición, algo que la doctrina ha querido justificar argumentando que bien podría desempeñarse como tal, ora el incremento posible del valor de los activos de la sociedad como remuneración por el riesgo

---

<sup>1050</sup> HELMINEN y SIX agregan que además debe participar en los beneficios anuales. HELMINEN 2010: p. 176; SIX 2009: p. 23. Este último autor indica que deben evaluarse en cada caso y de forma conjunta tanto los derechos sobre los beneficios como los riesgos asumidos sobre el remanente de la liquidación, para determinar si se “imparte una suficiente participación en el riesgo”, aunque la mera participación en los beneficios no es suficiente. SIX 2009: p. 23 y 24. Sin embargo, como se ha dicho, los Comentarios se refieren como criterio principal al riesgo de la devolución del capital y a la participación en los beneficios actuales o acumulados, así como de las valorizaciones del patrimonio, por lo cual, lo dicho por SIX y HELMINEN no parece ser un criterio distintivo esencial.

<sup>1051</sup> EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

empresarial<sup>1052</sup>, ora el derecho a participar de cuota de liquidación de la entidad, entendido como el primero (la participación en las reservas ocultas de la sociedad) más la subordinación frente a otros acreedores externos<sup>1053</sup>. Además, los Comentarios tampoco adoptan claramente regla alguna de prevalencia entre los criterios enunciados en el párr. 25 en el caso de que cada criterio conduzca a resultados distintos, lo cual es no solo posible sino muy probable cuando se trata de híbridos. En efecto, los préstamos participativos, a largo plazo o perpetuos, las obligaciones convertibles<sup>1054</sup> y las deudas subordinadas tienen características expresamente enunciadas en el párr. 25 de los Comentarios; pero no pueden ser calificados dentro de la segunda parte de la definición de dividendos, ya que, todos son derechos de crédito a efectos del art. 11 del Modelo, debido a que contienen la obligación de entregar un activo de forma desfavorable, desde una perspectiva jurídico-privada (y posiblemente de acuerdo con las NIC), para la entidad financiada<sup>1055</sup>. Aunque sí podrían calificarse como “participaciones sociales” bajo la tercera parte de la definición.

Debe notarse en este punto que la existencia de una regla sustancial y de otra formal dentro de las definiciones de los artículos 10 y 11 del MCOCDE supondría, respectivamente, que la renta calificaría simultáneamente como dividendos e intereses, pues a pesar de que un instrumento de deuda sea, al asumir el riesgo de la empresa de forma similar a un accionista ordinario, sustancialmente una “participación” generadora de dividendos, no por ello deja de ser formalmente un derecho de crédito. No se debe soslayar que cualquier instrumento que conlleve una obligación de pago del principal con vencimiento, es un derecho de crédito, incluidos los préstamos o deudas perpetuas que puedan ser requeridos por el deudor

---

<sup>1052</sup> Criterio distintivo de las participaciones sociales según GIULIANI 2002: p. 110; LANG 1991: p. 125 (citado por BUNDGAARD & DYPPEL 2010: p. 658); y, SIX: p. 23

<sup>1053</sup> LANG 1991: p. 124 y ss. Citado por BÄRSCH 2014: p. 436; ROTONDARO 2000: p. 265; GALLO 2012: p. 476.477, este autor diciendo que el criterio más importante es el participar en las reservas ocultas, pero luego dice que también es necesario participar en las pérdidas; SIX 2009: p. 24; EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; HELMINEN 2010: p. 183-184; 197-198; 193-195; BUNDGAARD 2008: p. 140.

<sup>1054</sup> En India la *Authority for Advance Rulings (AAR)* analizó si la renta pagada por una sociedad india por unos bonos convertibles hasta antes de su conversión en acciones son intereses o dividendos según el CDI entre India y Estados Unidos de 1989. La conclusión a la que llegó la autoridad es que la renta se califica como intereses hasta antes de su conversión. Los argumentos que utilizó son los siguientes: a) no hay una participación social hasta la conversión; b) el acuerdo de suscripción no prevé el otorgamiento de ningún derecho como accionista antes de la conversión; c) las rentas se pagan hayan o no utilidades, de manera que no puede haber dividendos pues no depende de la existencia de utilidades. India, LMN India Ltd., 10 October 2008 (Summary) 175 Taxman 139 (AAR). Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>1055</sup> Sobre las distintas posiciones de la doctrina respecto de estos instrumentos: BUNDGAARD 2008: p. 123 y ss.; BUNDGAARD & DYPPEL 2010: p. 463 y ss.

en cualquier momento, ya que muchas legislaciones internas prohíben contraer obligaciones *ad eternum*<sup>1056</sup>.

Considerando lo anterior, es evidente que la calificación simultánea en las dos categorías de rentas es posible. Los Comentarios justifican la existencia de una regla de desempate, la misma que ha sido sostenida por alguna parte de la doctrina<sup>1057</sup>, e incluso se ha afirmado que las definiciones de “derechos de crédito” y “participaciones sociales” son mutuamente excluyentes<sup>1058</sup>. Sin embargo, no queda completamente claro a partir del texto de las definiciones, ni de las reglas de interpretación de los tratados que buscan dar prevalencia a la interpretación autónoma, razón alguna por la cual el artículo 11 deba ceder ante el 10. Menos claridad aún hay sobre si esa prevalencia ha de darse cuando el Estado de la fuente califique la renta como dividendos, o incluso cuando el Estado de la residencia haga una interpretación autónoma de las definiciones y considere que la renta es un dividendo. A nuestro juicio, se puede concluir de lo argumentado que instrumentos calificados como derechos de crédito solo pueden ajustarse a la categoría convencional de dividendos cuando encajen en la tercera parte de la definición, para lo cual el Estado de la fuente tendría que gravar sus rendimientos como los de las acciones. Dado que la expresión “participaciones sociales” puede ser entendida bien de forma muy amplia, o bien en coherencia con la legislación del Estado de la residencia de la entidad distribuidora, no hay límites convencionales para que los híbridos de deuda, sujetos al mismo régimen fiscal que las acciones, sean calificados como generadores de dividendos según el art. 10.3 del Modelo. Es decir, las expresiones “participaciones sociales” y “derechos de crédito” no son excluyentes, ya que la primera tiene un significado amplio que acepta, si se quiere, las aproximaciones sustanciales o económicas, mientras que la segunda tiene un significado formal, arraigado en el Derecho Privado.

Tal como lo destaca BÄRSCH, al analizar la definición del Modelo alemán de 2013 (que traemos en este punto para exponer la dificultad en la calificación de instrumentos híbridos), es posible que un instrumento no sea calificado ni en la categoría de dividendos

---

<sup>1056</sup> BROWN 2012: p. 33-34; VANOPPEN 2012: p. 122 y ss.

<sup>1057</sup> HELMINEN 2010: p. 175.

<sup>1058</sup> BUNDGAARD 2008: p. 140; SIX 2009: p. 24; HELMINEN 2010: p. 271

ni en la de intereses en los CDI. El caso propuesto es el de una deuda que confiere derecho a participar en los beneficios de un deudor alemán, pactándose que la devolución del capital invertido será incierta en el derecho, pues debe absorber las posibles pérdidas, pero cierto en el monto, en la medida en que el valor exacto de lo invertido será devuelto si hay beneficios en el futuro<sup>1059</sup>. Este caso no puede incluirse dentro de los activos de la definición de intereses, pues la devolución del capital, al estar condicionada por varias *aleas* propias de los partícipes en el capital, no es un derecho seguro. Sin embargo, tampoco es considerado un derecho generador de dividendos para quienes defienden que se requiere participar en las ganancias de la liquidación o en las reservas ocultas, puesto que a lo sumo se devolverá un monto predeterminado.

Formalmente, el instrumento no se ajusta a la primera parte de la definición de dividendos, a menos que se asuma un sentido lato de acciones o bonos de disfrute, lo cual sería rechazado tanto por los partidarios del significado único de las tres partes de la definición como por quienes consideran que la segunda parte aclara la primera. BÄRSCH asume que el instrumento podría calificarse con la segunda parte de la definición del MCOCDE -que no se incluye en el Modelo Alemán-, pero, de nuevo, para quienes suscriben la tesis del significado único de los activos referidos en las tres partes del art 10.3 del Modelo, a menos que haya participación en las reservas ocultas esa calificación sería inaceptable. El instrumento, además, tampoco concuerda con la tercera parte de la definición de dividendos, puesto que para el derecho alemán interno la renta se califica como un interés<sup>1060</sup>. En definitiva, el caso planteado por el autor alemán destaca cómo los criterios delimitadores entre las normas de distribución de dividendos e intereses en los CDI son de muy variado carácter en la doctrina y causan un alto grado de inseguridad jurídica.

Dicho lo anterior, es evidente que la doctrina asume varios criterios para definir la línea divisoria entre una participación social y los derechos de crédito en los CDI, que se fundamentan en las características de los atributos de los instrumentos más puros de deuda

---

<sup>1059</sup> Otros ejemplos como los *reverse convertible bonds*, *bull & bear bonds* o los *credit linked notes* son dados por ROTONDARO 2000: p. 267. En todos estos casos el monto del capital a devolver depende de la variación de un subyacente.

<sup>1060</sup> BÄRSCH 2014: p. 444.

y de capital, pero que al final terminan siendo contradictorios e irrelevantes para la finalidad de eliminar la doble imposición y de no generar dobles exenciones. En este sentido, podría pensarse que el criterio diferenciador en materia fiscal debería ser una característica esencial de cada renta en su régimen tributario. De hecho, se ha planteado que los dividendos e intereses pueden diferenciarse mediante el criterio de deducibilidad de su pago en la entidad que la satisface, en concordancia con lo indicado en el párr. 1 de los párr. al art. 10 MCOCDE:

En su acepción general, el término “intereses” designa las rentas de las cantidades prestadas que deben incluirse en la categoría de “rentas de los capitales mobiliarios”. A diferencia de lo que sucede en materia de dividendos, los intereses no soportan la doble imposición económica; es decir, no tributan al mismo tiempo en manos del deudor y del acreedor.

Aunque este criterio resultaría perfectamente útil para distinguir entre ambas categorías a nivel del Tratado, no lo sería en el derecho interno, caso en el que la definición se haría circular. En los términos del artículo 10 se ha considerado que solo puede ser aceptable como un factor más para el análisis del instrumento, pues hay rendimientos de participaciones sociales que los países autónomamente consideran deducibles<sup>1061</sup>. En todo caso, el fundamento normativo para dicha afirmación es cuestionable, en la medida en que la deducibilidad es un asunto relativo a la imposición de la sociedad pagadora mientras que el artículo 10 trata de la imposición del socio. Además, como se verá más adelante, la remisión al derecho interno requiere una comparación con el mismo régimen fiscal que soportan las acciones, lo cual en principio se extiende al régimen del beneficiario efectivo de los dividendos y no de la entidad distribuidora.

En definitiva, la línea divisoria entre los intereses y dividendos no es clara en el MCOCDE. Los conflictos de calificación pueden surgir con extrema facilidad<sup>1062</sup>, e incluso en el Modelo alemán que incorpora sugerentes cambios que permiten eliminar un buen número

---

<sup>1061</sup> VOGEL 1997: art. 10 párr. 189.; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

<sup>1062</sup> A pesar de los esfuerzos de los autores por encontrar una lógica dentro del caos de la definición, muchos coinciden con la idea de que la definición del MCOCDE puede generar conflictos de calificación. EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 10; HELMINEN 2010: p. 183-184; 197-198; 193-195; BÄRSCH 2014: p. 444.

de problemas, no todas las disputas se solucionan. Ahora bien, si hubiese que buscar las causas, sin duda la primera de ellas sería la propia definición de dividendos que incorpora tres reglas perfectamente incompatibles para describir dividendos. O se asume un criterio formal como el de la primera parte, o uno abierto como el de la segunda, o se ata la calificación al tratamiento tributario del Estado de la fuente como en la tercera. Si se opta por adoptar todas las anteriores, deben aclararse los niveles de prioridad, asunto que ni el texto ni los Comentarios del Modelo definen. La segunda causa sería el criterio de asunción de riesgo empresarial introducido en los Comentarios al MOCDE en 1992 recoge una serie de factores que son difíciles de determinar en la práctica<sup>1063</sup> y que no dejan claro si se refieren a la calificación de instrumentos dentro de la parte autónoma del concepto -por demás también aplicable por el Estado de la residencia-, o a la (re)calificación de los mismos por parte del Estado de la fuente, según la remisión. Finalmente, otra causa de ese estado de cosas sería, para los comentaristas que han trasladado los criterios de distinción del derecho alemán (que sin duda tienen fundamento en ese sistema), la interpretación generalizada de los CDI, sin considerar que las reglas de interpretación sugieren buscar el significado autónomo en cada Tratado y en relación con los ordenamientos jurídicos vinculados al caso concreto.

Dicho esto, es posible concluir que si se asume la definición de derecho de crédito según el Derecho Privado, solo la tercera parte de la definición del art. 10.3 MOCOCDE permite calificar como dividendo a un derecho de crédito que económicamente comparte los riesgos propios de un accionista ordinario.

### **2.5.2. CONVENIOS CON REMISIONES AL DERECHO INTERNO EN LA DEFINICIÓN DE INTERESES**

España y muchos países que tienen una larga trayectoria en la celebración de CDI, han firmado un buen número de CDI con remisión al derecho interno del Estado de origen para definir los intereses con redacciones similares a la siguiente: "... así como cualesquiera otras rentas que se sometan al mismo régimen que los rendimientos de los capitales

---

<sup>1063</sup> EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 10. Al análisis multifactorial propuesto por los CMOCDE cabría hacerle las mismas críticas que se han hecho al sistema estadounidense por parte de GREENAWAY & MARION 2012: p. 52 y ss.; y, BROWN 2012: p. 33.



prestados por la legislación fiscal del Estado del que procedan las rentas"<sup>1064</sup>. Esta regla fue eliminada del MCOCDE en 1977, puesto que bajo su redacción, al tratar de distinguir intereses y dividendos puede causar conflictos de calificación, en la medida en que se contemplan dos remisiones a los ordenamientos internos. Estos últimos serán distintos cuando la fuente de los dividendos este en un Estado diferente al de origen de los intereses. El problema se agrava en los CDI que establecen una tributación exclusiva de los intereses en la residencia del perceptor, mientras que los dividendos mantienen la tributación limitada en fuente.

Aunque los CDI más recientes no suelen incorporar la remisión en el art. 11, en España tratados tan cercanos en el tiempo como los celebrados con Argentina y Chipre en 2013 o con Albania y Costa Rica en 2011 lo han hecho, a pesar de que así se pueden causar serios conflictos de calificación, como demostraremos en este apartado<sup>1065</sup> a la luz de la Sentencia de la Audiencia Nacional española<sup>1066</sup> que evaluó la calificación de los JSCP bajo el CDI con Brasil que, podemos anticipar, contiene una remisión al derecho interno en la definición de intereses. El Tribunal español indicó en esa sentencia que la característica principal de los dividendos “es permitir "participar de los beneficios" de una sociedad, excluyendo de este concepto, expresamente, los rendimientos derivado de los "créditos"”. En este sentido, destaca que en el artículo de intereses también:

se pone de manifiesto el título obligacional por el que se satisfacen los "intereses", que es el derivado de una operación de "financiación", de "préstamo", sin que se ponga como condición para su satisfacción la existencia o no de "beneficios", pues el pago de "dividendos" es "opcional" por parte de la sociedad, mientras que el pago de los "intereses" responde a una "obligación" contraída por la sociedad como consecuencia de operaciones de financiación.

---

<sup>1064</sup> Respecto de España ver p.ej.: España-Albania 2011; España-Argelia 2005; España-Argentina 1994 y 2013; España-Chipre 2013; España-Colombia 2008; España-Costa Rica 2011; España-Croacia 2006; España-Cuba 2001; España-Egipto 2006; España-El Salvador 2009; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Arabia Saudí 2008 con la particularidad de que la renta se llama “rendimientos de créditos”. España-Australia 1992; España-Austria 1995; España-Bolivia 1998; España-Irán 2006; España-Brasil 1975 con la variación de redacción “así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo”. De forma parecida al anterior CDI, el de España-Canadá de 1981.

<sup>1065</sup> En relación con el problema en Alemania: BÄRSCH 2014: p. 438.

<sup>1066</sup> SAN 712/2014, de 27 de febrero, Recurso 232/2011.

En este contexto jurídico, desde la perspectiva del Convenio para evitar la Doble Imposición, los JSCP no pueden incardinarse en el concepto que la norma da de los "intereses", sino que el más apropiado es en el de "dividendos", pues a la mecánica que responden los "juros" brasileños (sic) (subrayado nuestro).

Resulta interesante destacar en este punto la utilización, por parte de la Audiencia Nacional, del **criterio de la remuneración** para definir “participaciones sociales” y calificar como dividendos una renta en el marco de un CDI. Así, la característica principal de los dividendos para el juzgador español es la existencia de una remuneración que dependa de los beneficios y que no sea exigible a la sociedad hasta que esta decida la distribución. Alguna parte de la doctrina brasileña, de forma genérica y sin mencionar expresamente el Convenio de Brasil y España, ha sostenido que los JSCP son dividendos a efectos de los CDI, ya que la distribución de los juros se condiciona a la existencia de beneficios y se pueden computar con el dividendo obligatorio<sup>1067</sup>, dando así prevalencia a una aplicación directa del Derecho Privado.

Aunque otros autores brasileños no se hayan referido a la calificación a efectos de los CDI, sí han suscrito la idea de que la deducibilidad no desnaturaliza dichos pagos a todos los efectos jurídicos. Por ejemplo, SCHOUERI defiende la necesidad de reconocer que los JSCP son un concepto jurídico-tributario independiente del mercantil. De esta forma, la autonomía del Derecho tributario haría que la remuneración y, en particular, los JSCP tengan particularidades para fines fiscales específicamente determinados en la Ley<sup>1068</sup>. En una línea similar, AYRES sostiene que los JSCP tienen naturaleza de dividendos, pero con un efecto fiscal propio y determinado, que es, justamente, la deducción con miras a determinar el lucro real<sup>1069</sup>. De este modo, es posible concluir que la existencia de

---

<sup>1067</sup> En ese sentido criticando la utilización de la palabra *juros* (intereses) en la denominación: XAVIER 1997: p. 7.

<sup>1068</sup> SCHOUERI 2012: p. 182-193. “Conclusão: Embora a discussão sobre a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio marque-se pela insistência na classificação do instituto a partir de categorias de Direito Privado, não se extrai qualquer mandamento do Código Tributário Nacional que importe a vinculação do legislador tributário às noções de Direito Civil Muito pelo contrário, há que se reconhecer, a partir da autonomia do Direito Tributário que o legislador pode utilizar-se de conceitos próprios, sem qualquer correspondência com noções privadas, para disciplinar a tributação. Tal é o caso dos juros sobre o capital próprio que inseridos no ordenamento pátrio pela Lei nº 9.249/1995 correspondem a legítimo conceito de Direito Tributário. Inapropriado assim, discutir-se a sua compatibilidade com as figuras dos juros ou dividendos, conforme estas se encontram definidas e qualificadas pelo Direito Privado”. p. 192.

<sup>1069</sup> AYRES 2008: p. 139.

deducibilidad de las remuneraciones del capital no hace perder la naturaleza de dividendos para efectos de todas las normas mercantiles, contables y fiscales no exceptuadas expresamente por el régimen de los JSCP.

Es elocuente, entonces, que el juzgador español adoptó una interpretación autónoma de los conceptos de intereses y dividendos del CDI y que la hizo prevalecer sobre la remisión al Estado de la fuente contenida en la definición de intereses. En esa misma línea, CALDERÓN había argumentado que la Resolución del TEAC objeto de impugnación ante la Audiencia Nacional desconocía que los JSCP, “de acuerdo con su naturaleza jurídica, constituyen auténticas «distribuciones de beneficios» a los accionistas de una entidad” y que, al realizar una cesión de soberanía inaceptable que desconoce el “mini sistema fiscal” establecido por el convenio, vulneraba los artículos 10 y 23 del Convenio hispano-brasileño<sup>1070</sup>. El autor supone que existe un contexto o un significado fiscal internacional para delimitar las categorías de rentas e intereses en los CDI. Sin embargo, ese lenguaje fiscal internacional o el mini sistema fiscal no trazan las diferencias entre ambos artículos a partir del concepto de “distribución de beneficios”, sino que, como se ha visto, lo hacen a partir de otros criterios que permiten calificar al activo y seguidamente a la renta. No al revés. En cualquier caso, en lo que sí tiene razón el autor es que con el art. 10.3 del MCOCDE y su equivalente en el CDI objeto del análisis, los JSCP podrían calificar como

---

<sup>1070</sup> Textualmente afirmó: “La interpretación del término «dividendos» a la luz de la normativa fiscal brasileña, a nuestro juicio, comprende los JSC en la medida en que, de acuerdo con su naturaleza jurídica, constituyen auténticas «distribuciones de beneficios» a los accionistas de una entidad. De esta forma, no resulta aceptable una calificación como la establecida por la Inspección de los Tributos y el TEAC que prescinde de la correcta aplicación de las definiciones convencionales de «dividendos» e «intereses», y de la propia naturaleza jurídica de los JSC, fundamentando su calificación como «intereses» en el dato relativo a su deducibilidad fiscal de la base imponible de la entidad filial pagadora. Por todo ello, consideramos que la calificación de los JSC como «intereses» realizada por la Administración tributaria y confirmada por el TEAC podría constituir un supuesto de vulneración del art. 10 y 23.3 del CDI hispano-brasileño, esto es, un caso de «treaty overriding» que resulta contrario a los art. 96 CE (RCL 1978, 2836) y 3 TRLIS (RCL 2004, 640, 801). Nótese además que el razonamiento y afirmación del TEAC en el sentido de que la calificación de los JSC a la luz de la legislación fiscal del Estado de la fuente (Brasil) es la que debe prevalecer (al margen del CDI y de la naturaleza jurídica de la renta y la transacción y negocio en el que se genera) y vincula a España en todo caso conduce al absurdo e implicaría por un lado, que respecto de cada renta a la que fuera aplicable un CDI las autoridades españolas tuvieran que aplicar la legislación fiscal del Estado de la fuente. Ello además de resultar prácticamente imposible en muchos casos, supondría una cesión de soberanía fiscal inaceptable para España (y para todos los Estados que concluyeran CDI) e implicaría que todas las definiciones terminológicas que recogen los CDI (lenguaje fiscal internacional) y el mini sistema fiscal que se establece a través de los mismos perdiera todo el sentido. Es decir, la posición del TEAC y de la Inspección de Tributos da al traste con todo el sistema de distribución del poder tributario y de eliminación de la doble imposición articulado a través de los CDI”. CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

dividendos con su significado autónomo, aunque la razón sea que son rentas que derivan de acciones o demás participaciones contenidas en la primera parte de la definición, entendidas desde un punto de vista mercantil. Además, los titulares de los instrumentos asumen el riesgo empresarial, es decir, no tienen un derecho a la devolución del principal, y la mera deducibilidad no puede descartar su calificación.

Sin embargo, el verdadero problema es que los JSCP califican también como intereses, pues el art. 11.5 del CDI España-Brasil no sigue al MCOCDE más reciente en relación con la definición de intereses y, por lo tanto, hace muy relativos los Comentarios al Modelo y los argumentos de la doctrina<sup>1071</sup>. El Tratado considera como intereses a los “...créditos de cualquier clase, así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo”. Teniendo en cuenta, en primer lugar, que la remisión no se restringe a que se trate de “derechos de crédito” y que no existe ninguna regla de prevalencia entre los art. 10 y 11 del Tratado<sup>1072</sup>, es primordial destacar que Brasil calificó la renta como intereses a efectos de la aplicación del CDI.

En consecuencia, la posición de CALDERÓN, refrendada por la Audiencia Nacional, estaría desconociendo la remisión a la legislación del Estado de la fuente prevista en el precitado artículo 11. Al tiempo, descartaría el Informe de *Partnerships* de 1999, que, como se ha dicho, concluye que el Estado de la residencia ha de seguir la calificación que derive de la legislación del Estado de la fuente, a menos que de su contexto se infiera algo diferente. Si el lenguaje fiscal internacional común y el mini sistema fiscal tuvieran una redacción de la definición de intereses completamente autónoma, tal como el MCOCDE

---

<sup>1071</sup> Para dilucidar el problema cabe recordar que los MCOCDE existe una prevalencia del artículo de dividendos sobre el de los intereses, al indicar en el párr. 19 al art. 11 que “el término “interés” empleado en el artículo 11 no incluye elementos de renta que caen bajo la aplicación del artículo 10”, pero ello parece solo operar cuando el rendimiento califica en la tercera parte de la definición de dividendos. Es más, solo se predicaría de aquellos CDI que siguen las definiciones de intereses y dividendos del MCOCDE de 1977, de forma que cuando el artículo de intereses contenga una remisión, como en el borrador de Modelo de 1963, el alcance de los Comentarios estaría limitado.

<sup>1072</sup> Ha de reconocerse que la práctica convencional suele incorporar en el propio texto de los tratados una regla de prevalencia del art. 10 sobre el 11 que no se limita a los casos de subcapitalización, y que se incorpora para evitar conflictos de calificación, tal como se ha expresado anteriormente. AVERY JONES et al 2009: p. 41-44; BÄRSCH 2014: p. 440 y 444.

más reciente, la afirmación del autor y del tribunal españoles sería válida, pero evidentemente existe la intención de remitir a la legislación del otro Estado contratante, de forma que la cesión de soberanía ha sido consentida de forma recíproca por el propio Tratado. Además, se extraña en el trabajo del autor español una explicación del porqué acepta que la remisión del artículo 10 MCOCDE exija una calificación simétrica desconociendo que la remisión del art. 11 supondría exactamente lo mismo, más aún cuando la finalidad de ambas era eliminar los conflictos de calificación<sup>1073</sup>. Por ello, habría que admitir que la calificación de los JSCP a efectos del CDI es la de intereses y, por lo tanto, la exención, como método convencional previsto en el art 23 del Convenio para los dividendos, no aplicaría.

Para terminar con los Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Nacional, es importante destacar que los límites entre los dividendos e intereses, como categorías de renta en los CDI, no son una ciencia exacta ni existen criterios abstractos y aplicables a todos los CDI vigentes. Como se ha podido comprobar, la remisión al derecho interno prevista en la definición de intereses hace compleja la distinción entre las categorías de renta: son las legislaciones de los Estados contratantes junto con los hechos concretos los que permiten determinar la calificación correcta. De hecho, debido a las dificultades interpretativas que puede causar la remisión, esta fue eliminada en 1977 del Modelo<sup>1074</sup>, e incluso en los CDI que la incorporaron se crearon reglas de desempate que dan prevalencia a la norma de dividendos, reconociendo así la alta probabilidad de conflictos<sup>1075</sup>. En la práctica

---

<sup>1073</sup> Ello se aprecia el siguiente párrafo: “Por tanto, allí donde el CDI permita al Estado de la fuente gravar una renta que encaja en el concepto convencional autónomo de dividendo del art. 10 del CDI, el Estado de la residencia debe aplicar el método para eliminar la doble imposición que el CDI establezca para tal renta (de acuerdo con tal calificación convencional), incluso cuando la aplicación de la legislación interna del Estado de la residencia condujera a otra calificación de la renta [cita a HELMINEN 2010: p. 49-51; RUIZ GARCÍA 2004: p. 597]. Así, en nuestro caso, en la medida en que los JSC caen en el concepto convencional autónomo del art. 10.4 del CDI hispano-brasileño, España debe aplicar el método de exención del art. 23.3 del referido convenio que se ha establecido para eliminar la doble imposición sobre los «dividendos» (calificados según el art. 10.4 del CDI)”.

<sup>1074</sup> Las razones expuestas para la eliminación fueron las siguientes: a) la definición comprende prácticamente todos los conceptos que pueden ser considerados intereses; b) la seguridad jurídica se garantiza con una definición autónoma como quiera que los cambios al derecho interno no afectan la definición; c) Se evita en lo posible la remisión al derecho interno, de forma que si un Estado considera como dividendos algo no comprendido, puede simplemente adicionarlo en la definición. vid. párr. 21, art. 10 CMOCDE.

<sup>1075</sup> El CDI entre España y Bélgica de 2003, a pesar de la remisión, aclara que sin “embargo, el término no comprende, en el sentido del presente artículo, ni los intereses considerados como dividendos, en virtud del párrafo 3 del artículo 10”. Esa práctica es reconocida por el Modelo de CDI belga. vid. RICHELLE &

convencional se obtiene mayor seguridad jurídica en la calificación de los instrumentos financieros cuando se borra la remisión al derecho interno contenida en la definición de intereses y se amplía la prevista en el artículo de dividendos, a través de la eliminación del requisito de provenir de “participaciones sociales”<sup>1076</sup>; claridad que se consolida al incorporar normas de desempate que expresamente den prioridad al artículo de dividendos sobre el de intereses, tal como lo hacen los modelos belga y alemán<sup>1077</sup>.

## **2.6. LA LUCHA CONTRA LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LA RACIONALIDAD DE LA DEFINICIÓN**

El problema de la subcapitalización puede ser enfrentado a través de enfoques objetivos y subjetivos de normas antiabuso, pero también por medio de reformas que logren un mayor grado de neutralidad entre las fuentes de financiación a las que se hará mención más adelante. En ambos casos, la racionalidad de la definición de dividendos prevista en los CDI resulta cuestionada tanto desde su interpretación como desde su diseño normativo, pues habrá intereses que gracias a la denegación de la deducibilidad soporten doble imposición económica de forma semejante a los dividendos. Lo mismo ocurre cuando se permite la deducibilidad de las distribuciones de beneficios, ya que a efectos del Estado de la fuente se reducirá la imposición y en la residencia podría desgravarse. ¿Cuál es y cuál debería ser el rol de la definición de dividendos en los CDI bajo estas normativas? Estas son las preguntas que se pretenden responder en los siguientes apartados.

---

TRAVERSA 2012: p. 155. En España con esa misma regla de prevalencia los CDI de España-Canadá 1981; España-Chile 2004; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Irlanda 1994; España-Lituania 2004; España-Nueva Zelanda 2006; España-Reino Unido 2013 (En trámite de ratificación); España-Uruguay 2011; Colombia-México 2013 (En trámite de ratificación); Colombia-Canadá 2012; Colombia-Chile 2010; España-Francia 1997 “El término “intereses” no comprende la parte del rendimiento considerada como dividendo en aplicación de las disposiciones del artículo 10”.

<sup>1076</sup> Alemania y Canadá en el párr. 81 de los Comentarios al art. 10 MCODE se reservan el derecho a expandir la definición de dividendos a los intereses tratados como distribuciones bajo el derecho interno.

<sup>1077</sup> Coincidimos en estas afirmaciones con: AVERY JONES et al 2009: p. 44 y 45; y, BÄRSCH 2014: p. 440 y 444. Cuando dicha regla no aparece expresamente, las potenciales diferencias en la calificación incrementan y, con ello, la inseguridad jurídica. Analizando la mejora en la seguridad jurídica que supondría la adopción de la redacción de la definición de intereses en Modelo Alemán: BÄRSCH 2014: p. 440 y 444. Bajo el citado modelo se crea una regla de desempate (tie break rule) que en la parte final de la definición de intereses indica que “no incluye la renta tratada en el artículo 10 del Modelo alemán”. El Modelo belga no contiene una remisión en el artículo 11, pero al igual que el alemán, aclara que no comprende las rentas descritas en el Art. 10.3. y además, en este último precepto, indica que los intereses tratados como dividendos mantienen esta última calificación a nivel convencional. RICHELLE & TRAVERSA 2012: p. 155.

### 2.6.1. NORMAS QUE ALTERAN LA CALIFICACIÓN DEL INSTRUMENTO Y/O DE LA RENTA

La OCDE en 1987 reconoció que las normas de subcapitalización se relacionan especialmente con los art. 9 -sobre empresas asociadas-, 10 -de dividendos-, 11 -de intereses-, 24 -sobre la no discriminación- y 25 -de procedimiento amistoso<sup>1078</sup>-. Dejando de lado los artículos 24 y 25 del Modelo, que exceden las pretensiones y el objeto de este trabajo, en las siguientes líneas analizaremos los problemas que se generan respecto de los artículos 9, 10 y 11 de los CDI. Como es sabido, según el efecto que suponen, deben distinguirse tres tipos de normas que atacan este tipo de fraude, a saber: las que a) ajustan la naturaleza del instrumento, convirtiendo el endeudamiento en patrimonio; aquellas que b) ajustan solamente la remuneración, calificando los intereses en dividendos; y las que c) solo deniegan la deducibilidad. Para los dos primeros tipos, lo propio sería que se ajusten los beneficios de la entidad financiada por medio del no reconocimiento de la deducción y, consecuentemente, se recalifique la renta como dividendos para el inversor. En tales casos, la cuestión estaría en determinar si las rentas derivan de “participaciones sociales”, ya que evidentemente estarían sujetas al régimen impositivo de las acciones en los términos del art. 10 del MCOCDE, así como si ello implicaría desconocer que la fuente del rendimiento es también la de un “derecho de crédito”, calificando, por lo tanto, como generador de intereses según el art. 11 del mismo articulado. Así las cosas, es posible que el Estado de la residencia del prestamista entienda que la rentas pasivas son intereses, a pesar de que el otro Estado interprete que son dividendos por aplicación de su norma interna de subcapitalización. Esto generaría un conflicto de calificación agravado por el hecho de que no está claro si la clasificación hecha por un Estado en virtud de una norma de subcapitalización vincula al otro Estado<sup>1079</sup>. Por el contrario, si el efecto es la mera denegación de la deducibilidad, solo se ajustaría la imposición de la entidad financiada, mientras que la renta del inversor en principio no sería sometida a imposición como las

---

<sup>1078</sup> Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, Sec. III.

<sup>1079</sup> PLITZ 1996: p. 252. p. 262 y ss. Este último indica: “Parece ser que ningún país se siente vinculado por la conversión de intereses por un Estado extranjero al aplicar su derecho fiscal nacional. Los Estados de residencia de los accionistas aplican impuestos a los intereses percibidos por el accionista basándose exclusivamente en las reglas de su propio derecho fiscal;” HELMINEN 2010: p. 209. Vid. con la bibliografía ahí citada: CASTRO 2014: p. 120-122.

rentas de las acciones, aunque soporte doble imposición económica y los art. 9 y 24 del MCOCDE puedan establecer límites.

Como se observó, la expresión “participaciones sociales” ha sido interpretada de varias formas., Las rentas no derivan, *stricto sensu*, de participaciones sociales, ya que desde una perspectiva jurídico-privada existe un derecho de crédito y no una participación en los fondos propios de la sociedad, por lo cual la recalificación a efectos fiscales no puede invalidar el CDI. En esa línea sentido, en la República Checa los tribunales han afirmado que los CDI deben interpretarse autónomamente, conque el exceso de interés que se recalifique de acuerdo con la norma de subcapitalización interna ha de ser tratado como un interés bajo el CDI aplicable, dando así preferencia al significado mercantil<sup>1080</sup>. Por el contrario, *lato sensu*, las participaciones sociales constituirían una relación financiera o asociativa de cualquier tipo que el Estado de la fuente considere como generadora de dividendos<sup>1081</sup>.

El problema pudo haberse solucionado en el Informe de 1987 indicando simplemente que en aplicación del artículo 3.2 del Modelo y ante la ausencia de definición de participaciones sociales en el CDI la calificación ha de considerar la legislación del Estado de la fuente,

---

<sup>1080</sup> En la República Checa la Sentencia del caso No. 2 Afs 42/2008-62, entre *LACRUM Velke Mezirici s.r.o. vs. Finančni reditelstvi v Bme* de la Suprema Corte Administrativa. En esta sentencia se analiza el CDI entre dicho Estado y Alemania de 1980 y se concluye que “los intereses reclasificados como dividendos bajo el derecho interno no entran dentro del ámbito del artículo 10 del tratado y de la definición del término “dividendos” incluida en el tratado”. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. En la misma línea el caso Czech Republic - Case 2Afs 108/2004-106, 10 February 2005. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. En esta oportunidad la Corte Suprema Administrativa entiende que el exceso de intereses recalificados como dividendos por la ley interna sobre subcapitalización no son dividendos a efectos del CDI, por mucho que los comentarios al MCOCDE así lo digan, pues estos no son contexto, ni la Administración probó que fueran un acuerdo o práctica posterior en los términos de la CVDT 31.3. La argumentación dota de significado autónomo a la expresión participaciones sociales. Sentencia en: IBFD, Tax Research Platform. En Rusia el caso *Swedwood-Tiknvin y Ferrotek* entendió que las reclasificaciones de intereses en dividendos generadas por las normas internas (*constructive dividends*), no afectan a las definiciones dadas en el tratado, puesto que no están comprendidas expresamente dentro del concepto de dividendos del art. 10. vid. VAN WEEGHEL 2010: p. 33. Sin embargo, en una reciente sentencia rusa se analiza el CDI con Estados Unidos y se concluye que las re caracterizaciones en virtud de las normas de subcapitalización no se ven afectadas por ese Tratado puesto que los artículos 10 y 11 remiten al derecho interno del Estado en que tiene origen la renta. Rusia, Cassation Court of Arbitration of Moscow Region N A40-1164/11-99-7, 28 February 2012. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. El Modelo de Convenio 2010 de Rusia expresamente contiene una referencia a las recalificaciones en dividendos de los excesos de intereses según las normas de subcapitalización en la definición convencional de dividendos.

<sup>1081</sup> OECD 1987a: párr. 56; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.



como de hecho se sugiere en el párr. 56 del mismo documento, y en ese sentido afirmar que la expresión se refiere a una relación asociativa o financiera de cualquier tipo. Sin embargo, la OCDE decidió establecer el criterio del riesgo para delimitar entre los 10 y 11 y, por tanto, entre los conceptos opuestos “participaciones sociales” y “derechos de crédito” en los párr. 57 y 58. Según este argumento, los CDI no impiden las recalificaciones por la norma de subcapitalización interna, ni por otras normas que ataquen la capitalización encubierta en sentido amplio<sup>1082</sup>, ya que pueden ser reputados dividendos aquellos intereses derivados de créditos donde el prestamista comparte los riesgos empresariales. En tales circunstancias económicamente se trataría de participaciones sociales. Así, el asunto tiene una aparente ambigüedad en el Informe, puesto que si el significado amplio de la expresión “participaciones sociales” se acepta el problema estaría solucionado por no existir un significado autónomo de ésta, que sería entonces cualquier relación asociativa o financiera que tienen el tratamiento tributario de las rentas de las acciones. Por el contrario, si se indica que el criterio del riesgo permite las recalificaciones de intereses en dividendos, se asume que a nivel del Tratado hay un significado autónomo de tal frase.

En ese sentido, si bien el criterio del riesgo soluciona un buen número de casos, habrá otros en los cuales, sin compartir la buena ventura del negocio, se realice una recalificación de acuerdo con la norma de subcapitalización interna. Con acierto DE BROE afirma que para la OCDE no es aceptable que los intereses sean tratados como dividendos por fuera del criterio de la asunción de riesgos, de forma que si, por ejemplo, la norma de subcapitalización aplica *ratios* fijas por fuera del principio de independencia, los intereses reclasificados en dividendos a efectos de la aplicación de la norma de subcapitalización seguirán siendo intereses en relación con el CDI, pues no se podría entender que derivan de “otras participaciones sociales”<sup>1083</sup>. Pero incluso los enfoques subjetivos para enfrentar las situaciones de subcapitalización bajo el *arm's length* son variados, ya que la OCDE reconoce que debe emitir futuros trabajos para aclarar el tema, de modo que es

---

<sup>1082</sup> OECD 1987a: párr. 57; párr. 25 al art. 10 del MCOCDE 2010.

<sup>1083</sup> Esta interpretación encuentra sustento en el comentario 67 al art. 23A y 23B del MCOCDE. DE BROE 2008: p. 482-486 y 526. En un sentido similar HELMINEN 2010: p. 220-221.

perfectamente posible que el significado de la asunción del riesgo empresarial no concuerde con lo que exigiría el principio de independencia según el art. 9 MCOCDE<sup>1084</sup>.

Además de las dificultades recién mencionadas, el criterio de asunción de riesgos no tiene una base jurídica clara y se muestra contrario a la razón histórica para la existencia de un artículo específico que norme los dividendos en los CDI, cual es regular de forma independiente aquellas situaciones en que existe un doble gravamen, inicialmente en la entidad por los beneficios o utilidades y, posteriormente, un gravamen a los socios al repartir los beneficios<sup>1085</sup>. Precisamente por la imposibilidad de hacer una definición general de dividendos que comprenda todos esos casos existe una remisión al derecho interno. La consecuencia de este razonamiento es la existencia de una definición abierta a la legislación del Estado de la fuente de los dividendos, porque como dice el párr. 23 al art. 10 MCOCDE, debido a las diferencias entre las legislaciones, no ha sido posible una definición completa y exhaustiva<sup>1086</sup>.

Es evidente que las diferencias a que se refieren los Comentarios tienen que ver con la existencia de una doble imposición económica sociedad-socio. De tal forma, la característica que se ha perdido a lo largo de la historia de los artículos 10 y 3.1 MCOCDE, y que debería retomarse en futuros trabajos, es la existencia de unos beneficios (gravados o no) atribuidos a una entidad, que al ser distribuidos a los partícipes se atribuyen a estos (siendo gravados o no). Por ello, una interpretación amplia de la frase “participaciones

---

<sup>1084</sup> En esa línea DE BROE 2008: p. 482-486 y 526; HELMINEN 2010: p. 220-221; CASTRO 2014: p. 123. vid. párr. 25, art. 10 MCOCDE. OCDE 1987a: párr. 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 al art. 9 del MCOCDE. MAKHMUDOVA 2007, p. 258. El art. 9.1 del MCOCDE autoriza a los Estados a corregir la base imponible para ajustar las operaciones vinculadas siempre que se hagan de acuerdo con el principio de independencia. OCDE 1987a: párr. 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 al art. 9 del MCOCDE. vid. MAKHMUDOVA 2007: p. 258.

<sup>1085</sup> Los estudios históricos se centran en decir que la intención del Working Party 12 de la OEEC era referirse a la participación como miembro o parte de una compañía, lo cual excluía otros tipos de relaciones como las de deudor-acreedor. Estos argumentos tienen poco alcance y utilidad a la hora de analizar el problema de las recalificaciones, pues era un problema que no estaba en mente de los redactores y que una interpretación evolucionista requeriría descartar. vid. MAY 2011: p. 411 y ss.

<sup>1086</sup> Una apuesta en este sentido se aprecia en: AVERY JONES et al 2009: p. 44-45. Sin embargo, los anteriores autores se concentran en sugerir modificaciones al MCOCDE y sus comentarios. Nuestra apuesta consiste en reinterpretar el art. 10 y 3.1 sobre criterios finalistas e históricos, como el enunciado, y marcar sobre estos criterios una línea con los intereses, los cuales parecen mucho más alineados con la literalidad del MC, que el de la asunción del riesgo empresarial.

sociales” debe ser admitida; la práctica y las observaciones de varios países al MCOCDE lo han hecho<sup>1087</sup>.

Ahora bien, en los casos en que la recalificación se hace únicamente con relación a la remuneración, los problemas que se presentan para encuadrar la misma dentro la definición de dividendos son mucho mayores, pues el instrumento será considerado a efectos jurídico-privados como un endeudamiento e incluso, a efectos fiscales, como derechos de crédito o, por el derecho interno, como pasivo financiero, de suerte que en principio no estarían sometidos al régimen fiscal de las acciones<sup>1088</sup>. A nuestro entender, las recalificaciones de intereses en dividendos hechas en virtud de normas de subcapitalización deben interpretarse como un tipo de distribución de utilidades, aunque no se haya recalificado el endeudamiento en fondos propios, siempre que sea acorde con el art. 9 MCOCDE.

Ello no quiere decir que toda recalificación de otras rentas en dividendos en el ámbito interno quedará automáticamente comprendida dentro del art. 10 del CDI. Es necesario por tanto hacer una calificación de la renta a nivel convencional, lo que supone analizar varios aspectos en conjunto. Si se aceptan los Comentarios al MCOCDE, solo tendrán efectos las recalificaciones cuando los instrumentos de deuda que dan lugar a la subcapitalización entrañen una asunción de riesgos empresariales<sup>1089</sup>. Por el contrario, si se entiende que el término “participaciones sociales” hace referencia a una relación asociativa de buena fe, constitutiva de rendimientos sujetos al régimen fiscal de las acciones, resulta evidente que el artículo 10 MCOCDE es aplicable, más allá de como sea calificada esa relación por la legislación del Estado de la fuente. Por lo tanto, a pesar de que el prestamista no tenga

---

<sup>1087</sup> Si nos detenemos en las “reservas” contenidas en los párr. 78-81.2 al art. 10 de los CMOCDE y en las posiciones de los países no miembros en los párr. 8, 10 y 10.2 al art. 10 del MC hechas por Bélgica, Dinamarca, Francia, México, Canadá, Alemania, Portugal, Chile, Luxemburgo, Argentina, Rusia, Túnez, Bulgaria, Estonia, Letonia y Lituania, es posible ver cómo los Estados tienen en mente que ciertas rentas consideradas como distribuciones por la legislación interna deben ser calificadas como dividendos a efectos de los CDI. De hecho, resalta PLITZ como la mayoría de los países a la fecha del informe (1996) deniegan la importancia del concepto autónomo de participaciones sociales y se concentran solo en que los CDI indican, palabras más o palabras menos, que es dividendo a efectos convencionales lo que lo sea a efectos del Derecho Interno del Estado de residencia de la entidad distribuidora. PLITZ 1996: p. 262.

<sup>1088</sup> Obviamente, no ha de olvidarse que las normas de subcapitalización, cuando entren dentro del ámbito del artículo 9 MCOCDE, deben respetar el arm’s length convencional.

<sup>1089</sup> párr. 67 art. 23A y 23B del MCOCDE.

ninguna participación en el capital -en sentido mercantil o tributario interno- de la entidad subcapitalizada, los rendimientos podrán calificar como dividendo a efectos del Tratado.

La consecuencia de calificar como dividendos para efectos convencionales los rendimientos de los préstamos considerados subcapitalización es la aplicación de la tasa prevista en el art. 10.2 y las desgravaciones a través del método contenido en el art. 23A o 23B del MCOCDE. Así, la calificación del Estado de la fuente vincula al Estado de la residencia a efectos de aplicar el CDI, ya que resulta obligatorio según se deriva “de los términos mismos del art. 23 del Convenio, cuando prevé la concesión de una desgravación de los elementos de renta contemplados en el art. 10”<sup>1090</sup>. Incluso si el art. 23 del CDI no incluyese una referencia al artículo señalado, o no se previera una definición de dividendos convencional, el art. 3.2 MCOCDE permitiría al Estado de la fuente calificar conforme a su legislación mientras que el Estado de la residencia debería conceder el crédito fiscal, por tratarse de una imposición conforme al Convenio, cuando se cumplan los siguientes requisitos<sup>1091</sup>:

- 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 amistoso:
  - cuando los intereses han sido considerados en el Estado de residencia de la sociedad prestataria como dividendos, en aplicación de reglas que están en conformidad con el apartado 1 del art. 9 o con el apartado 6 del art. 11 y cuando el Estado de residencia del prestamista está de acuerdo en que el tratamiento es adecuado estando, en consecuencia, este último, dispuesto a efectuar un ajuste correlativo;
  - cuando el Estado de residencia del prestamista aplica reglas similares de subcapitalización, tratando el pago como un dividendo en la situación inversa; es decir, en el caso de un pago hecho por una sociedad establecida en su territorio a un residente del otro Estado contratante;
  - en los demás casos en que el Estado de residencia del prestamista reconoce como adecuada la asimilación de los intereses a dividendos practicada por el Estado de residencia del prestatario.<sup>1092</sup>

Aunque estos requisitos fueran escritos en el Informe de 1987 para los casos en que el CDI no preveía una definición de dividendos o una referencia al art. 10 en la norma de eliminación de la doble imposición, pasaron al Modelo de una forma extraña, pues no se

---

<sup>1090</sup> párr. 68 al art. 23A y 23B del MCOCDE; OECD 1987a: párr. 64.

<sup>1091</sup> vid. OECD 1987a: párr. 65.

<sup>1092</sup> párr. 68 al art. 23 MCOCDE.

sabe si aplican a nivel del CDI y solo en esas condiciones, o también para “cualquier desgravación adicional que resulte el régimen de sociedades matrices-filiales”, (como podría ser el régimen de exención por participación sustancial interno), o si en general se consideró que era un requisito de reciprocidad efectiva para todos los casos de recalificación por subcapitalización. De hecho, estos condicionantes son para el profesor PALAO TABOADA un requerimiento del principio de buena fe en la aplicación de los CDI<sup>1093</sup>. De tal forma, la reclasificación de los intereses en dividendos practicada por el Estado de la fuente resulta obligatoria para el Estado de la residencia solo si se cumple con los mismos requisitos.

En la misma línea del profesor PALAO, debe admitirse que los Comentarios de la OCDE en ese sentido encuentran un respaldo importante en el principio de buena fe. Es evidente que las citadas exigencias suponen problemas porque derivan de los Comentarios al MCOCDE, cuya validez en el sistema normativo es nula, y que, a efectos interpretativos, si bien resultan fundamentales, no son el único criterio a considerar. Más allá de esta realidad, debe reconocerse que interpretar como aplicables los requisitos del párr. 68 de los Comentarios al art. 23A y 23B del MCOCDE permitiría un adecuado balance entre la eliminación de la doble imposición y el respeto al principio *pacta sunt servanda*, que exige interpretar y aplicar los CDI de buena fe y no oponer el Derecho interno para incumplir obligaciones internacionales.

Sin embargo, tales requisitos no deben operar en todos los casos, sino solo cuando sea cuestionable la buena fe, lo cual no se dará si se ha pactado una definición de dividendos con remisión a la legislación interna como la del MCOCDE y la legislación de uno de los Estados ya comprendía normas de subcapitalización que recalifican intereses en dividendos. Una aproximación abierta a la obligación de eliminación de la doble imposición prevista en el artículo 23 MCOCDE dejaría como único perjudicado al contribuyente, pues se establecen requisitos para conceder el método que están por fuera del texto del Tratado, bajo unos Comentarios que, como se ha dicho, no se sabe muy bien para qué se incluyeron, y que dejan a la buena voluntad de la Administración la concesión

---

<sup>1093</sup> PALAO 1994: p. 51.

de una desgravación que es un derecho del contribuyente y no una mera liberalidad, más aún si se plasma en un Tratado debidamente ratificado.

En definitiva, para los CMOCDE es posible que surjan conflictos de clasificación cuando los intereses re-clasificados como dividendos por una norma de subcapitalización procedan de un instrumento que no contiene las características jurídico-privadas de las participaciones sociales. Esta re-caracterización es válida a la luz de los CMOCDE solo si se evidencia que la operación respeta el principio de independencia, así como el criterio de compartir los riesgos y los requisitos de buena fe descritos atrás. La obligación de desgravación en el Estado de la residencia sería la prevista para los dividendos, definidos conforme al art. 10.3 del Modelo y su remisión al Estado de la fuente. Claro está, nada obsta para que por cuenta de una diferencia interpretativa de la frase “participaciones sociales” a la luz del principio de independencia, del criterio del riesgo o de una visión formalista jurídico-privada, el Estado de la fuente considere la renta como un dividendo y el de la residencia un interés, dando paso a los mecanismos de resolución de controversias previstos por el CDI<sup>1094</sup>. En cuanto a la eliminación de la doble imposición según el derecho interno, debe admitirse que depende de la “voluntad” del Estado de la residencia.

Debido a los problemas que se han descrito en este apartado muchos CDI eliminan la frase “participaciones sociales”, reemplazándola por “otros derechos” u “otras rentas”, lo cual hace que las discusiones en este punto pierdan relevancia y se obtenga, por lo tanto, un mayor nivel de seguridad jurídica en la aplicación del Tratado. En tales convenios, la eliminación de la doble imposición será exigible en el Estado de la residencia de acuerdo con la calificación que el Estado de la fuente otorgue a la renta cuando la imposición se ha hecho conforme al CDI. Por si quedaran dudas, algunos CDI como los de España con Francia e Irlanda<sup>1095</sup> permiten calificar como dividendos aquellas rentas que la legislación

---

<sup>1094</sup> vid. HELMINEN 2010: p. 220-221.

<sup>1095</sup> El apartado 6 del artículo 10 indica: “El término “dividendos” empleado en el presente artículo significa los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador y otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas o distribuciones asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado del que sea residente la sociedad que las distribuye”.

interna asimile a dividendos, sin mayores límites<sup>1096</sup>. Así las cosas, la clasificación de la renta por parte del Estado de la fuente en virtud de una norma de subcapitalización será acorde al CDI en los casos en que exista una redacción amplia de la definición convencional de dividendos que, por ejemplo, excluya el concepto autónomo de “participaciones sociales” de la remisión al concepto interno.

Por el contrario, otros CDI prohíben de plano la conversión de intereses en dividendos en virtud de las reglas de subcapitalización, tanto a efectos de la entidad financiada como de la entidad que recibe las rentas<sup>1097</sup>. A juicio de PLITZ, para la fecha del informe, esta posición cada vez obtenía mayor acogida por parte de los Estados<sup>1098</sup>, pero esta tendencia parece haber cambiado con miras a admitir, mediante cláusulas de salvaguarda, las normas de subcapitalización.

Aunque el CDI de España con el Reino Unido de 1977<sup>1099</sup> contiene una redacción amplia que permite recalificar como dividendo “cualquier otro concepto”, aun cuando se sostuviese que esta norma salva las recalificaciones hechas en virtud del derogado art. 20 del TRLIS sobre subcapitalización<sup>1100</sup>, lo cierto es el propio apartado 4 del art. 10 del CDI excluye las recalificaciones en intereses según las reglas del art. 11 de dicho convenio<sup>1101</sup>. En efecto, el apartado 4 del art. 10 del CDI indica que es dividendo “cualquier otro concepto (distinto de los intereses cuyo impuesto se reduzca de acuerdo con lo establecido en el art. 11 del presente Convenio) que, según la ley del Estado contratante en que resida la Sociedad que paga el dividendo, sea considerado como dividendo o distribución de

---

<sup>1096</sup> El Modelo Ruso expresamente considera como dividendos los intereses que sean considerados excesivos de acuerdo con la norma de subcapitalización interna. VARIYCHUK 2012: p. 931.

<sup>1097</sup> vid. PLITZ 1996: p. 263. p.ej. CDI entre España y Croacia de 2006.

<sup>1098</sup> PLITZ 1996: p. 263.

<sup>1099</sup> Renegociado en el 2014

<sup>1100</sup> FALCÓN Y TELLA & PULIDO GUERRA 2010: p. 242, en referencia a la norma de subcapitalización derogada por el RD 12/2012.

<sup>1101</sup> El apartado 4 del art. 10 indica: “El término “dividendos” empleado en este artículo comprende los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar de los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que reside la Sociedad que las distribuya, e incluye también cualquier otro concepto (distinto de los intereses cuyo impuesto se reduzca de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del presente Convenio) que, según la ley del Estado Contratante en que resida la Sociedad que paga el dividendo, sea considerado como dividendo o distribución de beneficios de una Sociedad”.

beneficios de una Sociedad”. Esto se complementa con el apartado 6 del art. 11 del mismo CDI que indica:

Cualquier disposición legal de uno de los Estados Contratantes en virtud de la cual los intereses pagados por una Sociedad a otra se consideren como un dividendo o distribución, que no es deducible como gasto al calcular los beneficios sometidos a imposición de la Sociedad pagadora, no se aplicará cuando los intereses se paguen a una Sociedad residente del otro Estado contratante que sea su beneficiaria efectiva. Esta norma no será aplicable cuando más del 50 por 100 del derecho al voto de la Sociedad últimamente mencionada sea poseído, directa o indirectamente, por residentes del Estado mencionado en primer lugar.

Así las cosas, se deriva de estos preceptos que las normas de subcapitalización internas no son aplicables en situaciones cubiertas por el CDI en mención, ya que son contrarias a la definición de intereses prevista en el art. 10 del mismo. Esto supone una excepción a la idea de que los CDI no afectan la determinación de la base de la sociedad prestamista, pues es evidente que este Convenio va más allá de la regla general al excluir de la aplicación cualquier norma que niegue la deducibilidad de los intereses por cuenta de una reclasificación de los intereses en dividendos. Pero además, en los casos en que sí aplique la norma interna de subcapitalización, por la posesión de más del 50% de los derechos de voto de la sociedad prestamista, la reclasificación de los intereses en dividendos solo afectará la deducibilidad del gasto en la prestamista, sin que por esa sola circunstancia se deba considerar dividendos a efectos de la retención en la fuente que se realiza al prestamista en los términos de los art. 10 y 11 del CDI. Así pues, estas normas cierran la discusión distinguiendo entre la calificación de las rentas a efectos de la deducibilidad y la calificación a efectos de la retención en la fuente.

### **2.6.2. NORMAS QUE BUSCAN HACER NEUTRAL LA FINANCIACIÓN CON DEUDA Y CAPITAL SIN ALTERAR LA CALIFICACIÓN**

A pesar de los intentos de lograr neutralidad en el inversor, lo cierto es que en la práctica de la totalidad de ordenamientos jurídicos el emisor de los instrumentos no puede deducir los dividendos, a diferencia de los intereses<sup>1102</sup>. De ahí que se hayan ideado sistemas que logran un efecto económico similar, como por ejemplo, los que acercan el tratamiento

---

<sup>1102</sup> KNOLLER 2011: p. 336; BROWN 2012: p. 15 y ss.



tributario para la entidad distribuidora/prestatario, eliminando las diferencias fiscales. Esto se logra, fundamentalmente, negando la deducibilidad de los intereses o aceptando la deducibilidad de los dividendos. Estas estrategias rompen con las características clásicas relevantes a efectos fiscales de cada una de las remuneraciones de las fuentes de financiación y generan preguntas al interactuar con las normas de los CDI que siguen al MCOCDE. Por ello, tales sistemas se describen y analizan a continuación a luz de la distinción entre dividendos e intereses en los Tratados.

### **Reforzamiento del gravamen en el Estado de la fuente**

El gravamen en el Estado de la fuente/origen puede reforzarse a través de dos formas, según a quien afecte. En primer lugar, aumentando la imposición de la entidad financiada, por lo general, mediante la adopción de una prohibición para deducir intereses. Y, en segundo lugar, afectando la fiscalidad del inversor, como cuando se eleva la retención en la fuente para intereses. En ambos casos, como se observa, la calificación del instrumento financiero y de su remuneración no varía, pero el tratamiento tributario sí lo hace.

En relación con la primera forma, debe reconocerse que la solución más lógica a las diferencias entre las fuentes de financiación sería eliminar la deducibilidad de los gastos financieros y darles, así, un tratamiento equivalente al conferido a los dividendos. En la práctica, algunos países han restringido la deducibilidad de ciertos gastos financieros, en especial en donde puede haber subcapitalización<sup>1103</sup>, y no en todos como se ha planteado en la propuesta *Comprehensive Business Income Tax (CBIT)*<sup>1104</sup>. En España el RD 12/2012

---

<sup>1103</sup> Es así como en Colombia, el derogado art. 287 ET no permitía a los EP, filiales o compañías “que funcionen en el país” deducir los préstamos con sus vinculados económicos o partes relacionadas del exterior, pues consideraba dichos préstamos como patrimonio propio. vid. DIAN, Concepto 38998, de 30 de mayo de 2011.

<sup>1104</sup> La propuesta supone una ampliación de la base imponible del impuesto de sociedades. El Departamento del Tesoro de los Estados Unidos la sugirió en 1992 porque lograría un buen grado de neutralidad, pero fue descartada su aplicación de forma general, pues causaría nuevas distorsiones y tendría muchos obstáculos para ser implementada, a pesar de haber estado en la agenda de varias iniciativas. Por ejemplo, habría un desestímulo a las inversiones internacionales, se distorsionaría la banca internacional y sin una coordinación con otros estados puede generar doble imposición. DE MOOIJ 2011: p. 3, 14-16. En Estados Unidos se ha afirmado: “Additional steps like reducing the deductibility of interest for corporations should be considered as part of a reform plan. This is because a tax system that is more neutral towards debt and equity will reduce incentives to over leverage and produce more stable business finances, especially in times of economic stress. In addition, reducing the deductibility of interest for corporations could finance lower tax rates and do more to

incorporó el literal h) al art. 14.1 del TRLIS (hoy por hoy en el art. 15.1 LIS 2014), el cual busca denegar la deducibilidad de gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo que estén destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios, salvo que el sujeto pasivo demuestre que existen motivos económicos válidos. En muchos estados, como Alemania e Italia, algunos impuestos directos regionales o municipales no permiten la deducibilidad de los intereses y son impuestos comprendidos por los CDI<sup>1105</sup>. Finalmente, debe reconocerse que los Estados europeos, siguiendo en parte al modelo estadounidense, han venido adoptando de forma reciente normas de limitación a la deducibilidad de intereses basadas en *ratios* de ingresos sobre gastos financieros (*earnings stripping rules*), como por ejemplo lo ha hecho España en el artículo 16 de la LIS de 2014 (art. 20 TRLIS)<sup>1106</sup>. Este tipo de normas asumen que los intereses que superen el porcentaje establecido de los ingresos, flujos de caja o beneficios operativos, no son deducibles, aunque no hay una recalificación de los intereses en dividendos, ni del endeudamiento en fondos propios.

La denegación de la deducibilidad puede crear una doble imposición económica no deseada por los negociadores del CDI<sup>1107</sup> de naturaleza similar a la de sociedad-socio, lo que lleva a plantearse, desde un punto de vista de *lege ferenda*, si la calificación como intereses de esos rendimientos no deducibles debería ser la de dividendos. De *lege lata* el Estado de la fuente las considerará como intereses, pues según el Derecho Privado son un derecho de crédito, y seguramente limitará su imposición de conformidad con el art. 11 MCOCDE. Habría que detallar el régimen fiscal, pero seguramente no será, a pesar de la no deducibilidad, el mismo que el de los intereses, de manera que no podría entrar dentro de la tercera parte de la definición de dividendos. Además, difícilmente podría ser una “participación social”, según los CMOCDE, a menos que se entienda que un crédito asume el riesgo empresarial

---

encourage investment in the United States than keeping rates higher or paying for the rate reductions in other ways”. *The President’s Framework For Business Tax Reform*. A Joint Report by The White House and the Department of the Treasury. February 2012. Disponible en: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf> p. 10; UNITED STATES. CONGRESS. JOINT COMMITTEE ON TAXATION 2011; SCHÖN 2012: p. 490.

<sup>1105</sup> BROWN 2012: p. 28.

<sup>1106</sup> Sobre el particular: HINNY 2008: p. 21, 37-40; PALOMBO 2008: p. 318-320; KNOLLER 2011: p. 317 y ss.; SANZ GADEA 2012; CASTRO 2012c: p. 18 y ss.; LUCHENA MOZO 2012;

<sup>1107</sup> vid. con las referencias ahí citadas: CASTRO 2014: p. 114-119.

cuando se concede a pesar de que su remuneración va a superar la *ratio* de gastos financieros sobre los ingresos operacionales<sup>1108</sup>.

Dejando de lado las limitaciones a la deducibilidad, la otra solución a la falta de neutralidad entre endeudamiento y capital es el aumento de los tipos de retención de los intereses. En esa línea, Wolfgang SCHÖN propone que, ante la competencia fiscal internacional y la necesidad de mantener la distinción entre endeudamiento y capital en la fiscalidad internacional, se aclaren los límites entre el Estado de la fuente y el de la residencia, de modo que en el primero se graven sustancialmente los siguientes intereses:

- (1) los pagos realizados a un acreedor contractual que dependan de los beneficios (esto ocurre actualmente en ciertos países como Alemania (*silent partnerships*, y préstamos participativos) y en los Estados Unidos (deudas contingentes), etc.)
- (2) los pagos de intereses que no reflejen la tasa de mercado, pero soporten el riesgo de insolvencia u otros riesgos del negocio (*high yield junk bonds*)
- (3) intereses sobre créditos perpetuos; y
- (4) intereses sobre préstamos de accionistas...<sup>1109</sup>.

En tales casos, la diferencia entre endeudamiento y capital es ínfima e irrelevante a efectos internacionales, por lo cual el mantenimiento de regímenes fiscales diferentes solo permite el arbitraje. La solución propuesta parece razonable, pues logra un efecto económico muy similar al de denegar la deducibilidad de los intereses en la entidad; sin embargo, presenta el inconveniente de que se ve sometida a los límites que se establecen en los CDI para la retención en origen/fuente<sup>1110</sup>. Además, ha de tenerse en cuenta que a efectos del Estado de la residencia del inversor podría haber diferencias relevantes, como las que deriven de la concesión de un crédito indirecto o exención para los dividendos, frente a un crédito directo para los intereses.

---

<sup>1108</sup> El criterio del riesgo empresarial tal y como aparece en el párr. 25 de los Comentarios al art. 10 del MCOODE es suficientemente amplio. El problema sería identificar los créditos concretos que asumen el riesgo empresarial, puesto que mientras el art. 10 podría comprender esos préstamos que comparten los riesgos empresariales, el art. 20 TRLIS (En la nueva LIS al art. 16.1.) afecta globalmente a todos los gastos financieros de la entidad sin detallar cuáles préstamos en concreto generan gastos no deducibles.

<sup>1109</sup> SCHÖN 2012: p. 501.

<sup>1110</sup> Lo destaca: SCHÖN 2012: p. 499 y ss.

En cualquier caso, el reforzamiento del gravamen en la fuente a través del aumento del tipo impositivo para los intereses obtenidos por no residentes requiere replantear los artículos 10 y 11 del MCOCDE. En primer lugar, se requiere evitar los conflictos de calificación respecto de los tipos de rendimientos que enlista SCHÖN, pues como se observó arriba esos instrumentos son precisamente los que generan más dificultades de encuadramiento en las definiciones, asunto que seguirá siendo relevante para determinar el régimen tributario de los dividendos en el Estado de la residencia e incluso para distinguirlos de los intereses ordinarios<sup>1111</sup>. Puede lograrse evitarlos a través de la inclusión específica dentro de las definiciones del artículo 10 u 11, según convenga, o mediante la creación de un tipo de renta especial<sup>1112</sup>. En segundo lugar, habría que renegociar los CDI de conformidad con lo anterior, para permitir el gravamen en la fuente/origen equivalente económicamente al tipo efectivo del Impuesto de sociedades subyacente. El Protocolo V del CDI entre España y Alemania de 2008 es un buen ejemplo de la puesta en práctica de esta solución, pues crea una norma especial para los híbridos del siguiente tenor:

---

<sup>1111</sup> De hecho, en Australia se ha discutido el CDI con Estados Unidos que contiene una regla en el art. 11.9 específica para las remuneraciones determinadas con referencia a los beneficios del emisor o de una de sus empresas asociadas según el artículo 9. Se discutió si frente a unos *redeemable limited partner contribution* de un residente en Estados Unidos en una entidad (limited Partnership LP) en Australia, que genera unos rendimientos referenciados a la renta neta ajustada (adjusted net income). El derecho australiano considera que el activo es un “interés de endeudamiento” que produce intereses. Se planteó la discusión de si esos rendimientos calificaban dentro del artículo de dividendos o dentro del de intereses en el CDI. Se concluyó que el precepto del Tratado buscaba evitar dividendos disfrazados y se basaba en las definiciones del derecho interno de dividendos e intereses a las cuales las definiciones convencionales remitían. Por lo tanto los límites entre ambas categorías de rentas no estarían diferenciadas de forma autónoma convencional. Textualmente se indicó: “That boundary neither contemplates nor accommodates a distinction between interest in form only and interest in substance (but not in form); the only relevant criterion for the application of Art 11 including Art 11(9), rather than Art 10, is whether the income is subjected to the same taxation treatment as income from money lent by the law of Australia. It is common ground that the income in the present case is so treated”. Australia, Federal Court of Australia, *Deutsche Asia Pacific Finance Inc v Commissioner of Taxation (No. 2)*, Sentencia de 22 de octubre de 2008. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>1112</sup> El MCEUA 2006 contiene precisamente en el artículo 11.2 lit. a) una regla que indica que cuando los intereses se determinan por referencia a los ingresos, ventas, rentas, beneficios, flujos de caja del deudor o de una parte relacionada, o a los cambios de valor de una propiedad de esos mismos, o se trata de pagos similares por el deudor a una parte relacionada, el Estado de la fuente puede gravar de acuerdo con el derecho del Estado de fuente al tipo máximo del 15%, que es equivalente al límite general para los dividendos<sup>1112</sup>. En este caso se mantienen las definiciones y se alcanza un mayor grado de neutralidad entre préstamos participativos y los dividendos. El MCEUA 1996 contenía una remisión al tipo máximo permitido para los dividendos del siguiente tenor: “...interest paid by a resident of a Contracting State and that is determined with reference to receipts, sales, income, profits or other cash flow of the debtor or a related person, to any change in the value of any property of the debtor or a related person or to any dividend, partnership distribution or similar payment made by the debtor to a related person, and paid to a resident of the other State also may be taxed in the Contracting State in which it arises, and according to the laws of that State, but if the beneficial owner is a resident of the other Contracting State, the gross amount of the interest may be taxed at a rate not exceeding the rate prescribed in subparagraph (b) of paragraph 2 of Article 10 (Dividends)”.

No obstante lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del presente Convenio, los dividendos e intereses pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que proceden, y de acuerdo con la legislación de ese Estado, a) cuando se deriven de derechos, comprendidos los de crédito, que permitan participar en los beneficios, incluida la renta procedente de las acciones o bonos de disfrute, la renta que obtenga un socio comanditario (en el caso de Alemania «stiller Gesellschafter») de su participación como tal, o de un préstamo cuyo tipo de interés esté vinculado al beneficio del prestatario (en el caso de Alemania «partiarisches Darlehen») o de bonos de participación en beneficios (en el caso de Alemania «Gewinnobligationen»), y b) con la condición de que sean deducibles en la determinación de los beneficios de deudor de tal renta, pero si el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no excederá del 15 por ciento del importe bruto de dichos dividendos e intereses<sup>1113</sup>.

De esta forma, el CDI hispano-alemán crea una nueva categoría de renta a la cual le asigna el poder limitado de gravar al Estado de la fuente, que se define en atención a que el origen de la renta es un derecho a participar en beneficios y a que su pago resulte deducible en la base imponible de la entidad pagadora.

### **Reforzamiento del gravamen en el Estado de la residencia**

Otra solución a la ausencia de neutralidad entre el endeudamiento y el capital consiste en permitir a las entidades distribuidoras de dividendos la deducibilidad de las remuneraciones de los instrumentos de patrimonio. Al hacerlo, el Estado de la fuente pierde la potestad impositiva sobre parte de los beneficios de la entidad distribuidora residente, que se desplazan a la jurisdicción de la residencia del inversor a través de un incremento en su potencial base imponible. Ello hará que sean deducibles los instrumentos que contable y mercantilmente sean patrimonio, de tal manera que si se asume que las tres partes del art. 10.3 tienen conceptos que deben dotarse del significado mercantil del Estado de la residencia de la entidad, habría que concluir que son dividendos. De igual forma, si el criterio es compartir los riesgos de la empresa como lo indican los CMOCDE o a participar del remanente de la liquidación según VOGEL, estos instrumentos calificarían como fuente de dividendos a los efectos del CDI. Como ejemplo puede citarse el sistema conocido en

---

<sup>1113</sup> De forma similar el protocolo No. 1 del Modelo alemán de 2013. BÄRSCH 2014: p. 441.

inglés como *Allowance for Corporate Equity (ACE)*<sup>1114</sup>. Se trata de una idea similar al sistema de deducción de dividendos para evitar la doble imposición económica entre la entidad distribuidora y el partícipe<sup>1115</sup>. Además, es posible ver cómo la deducción de dividendos es un ajuste que se permite en algunas legislaciones a ciertos tipos de sociedades o entidades dedicadas a realizar inversiones en valores o inmuebles como las IIC y los REITS, o a ciertos tipos de instrumentos como los *juros sobre o capital propio* en Brasil o las *non-equity shares* en Australia<sup>1116</sup>.

La implementación de la deducción de las remuneraciones del capital de la entidad distribuidora puede impactar el rol de la definición de dividendos, puesto que los métodos

---

<sup>1114</sup> Dentro de los sistemas de *ACE* se destaca el interés ficticio (*notional interest*) que permite la deducibilidad de los dividendos pagados a los accionistas o socios hasta un monto máximo ficticio o estimado de la base imponible de la sociedad distribuidora. Por ejemplo, se permite una deducción igual a la tasa de interés de un bono de deuda sin riesgo. DE MOOIJ 2011: p. 3. Esta estrategia resulta interesante para cortar el problema desde sus orígenes y así brindar neutralidad, pero se enfrenta a la dificultad de que pueda envolver un alto costo por la pérdida de recaudación de los Estados. En cualquier caso, tal reducción puede ser paliada en el corto plazo a través de su diseño y puede compensarse con sus beneficios en el largo plazo. Un costo estimado en el 0.5% del PIB o del 15% de la recaudación en el Impuesto sobre Sociedades, en promedio para un Estado desarrollado. DE MOOIJ 2011: p. 3. Sin embargo, autores de la talla de SCHÖN consideran insensato sugerir la introducción de estos sistemas dadas las dudas que el sistema belga ha generado sobre su adecuación al Derecho de la Unión Europea y sin una reforma profunda de los impuestos sobre la renta. SCHÖN 2012: p. 501-502. La literatura sobre esta propuesta se fundamenta en ideas similares desarrolladas en los años 80 por WENGER en 1983 y BOADWAY & NEIL. vid. con la bibliografía ahí citada KLEMM 2006. En Europa ha sido visto como un instrumento para facilitar la armonización fiscal desde que el *Institute for Fiscal Studies` Capital Taxes Group*, propuso una deducción que se otorgaría a las sociedades calculada sobre las participaciones en el capital y una tasa de interés de referencia, la cual permitiría la armonización del Impuesto de Sociedades en la Unión Europea. INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES 1991: párr. 24; GAMMIE 1991: p. 238-242. Recientemente se ha propuesto en: MIRRLEES, STUART & INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES 2011: p. 427-428, 446-450 y 492 y NETHERLANDS 2010. En relación con las propuestas en Estados Unidos vid. BLESSING 2012: p. 198-212. Países como Austria (2000-2004), Brasil (1996), Croacia (1994-2000) e Italia (1997-2003) hicieron los primeros ensayos del modelo teórico, aunque con sustanciales modificaciones. Algunos de estos sistemas, como el austriaco e italiano, eran bonificaciones no ligadas a la deducibilidad, sino que se materializaban a través de un tipo impositivo inferior para las rentas del capital. Estas últimas se determinaban a través de un retorno ficticio del capital calculado tomando en cuenta el valor en libros del mismo, y una tasa de referencia. Salvo en Brasil, los demás fueron desmantelados, básicamente porque suponía incrementar los tipos sobre la renta normal para soportar la pérdida de recaudación, lo cual hacía que esas jurisdicciones fueran menos competitivas. Sin embargo, en marzo de 2012 Italia lo reintrodujo. vid. SANZ GADEA 2012: p. 88-89; Actualmente países como Bélgica (desde 2008), Letonia (2010) y Brasil (1996) ofrecen ejemplos de sistemas ACE, pero solo en el primer caso se trata de un sistema completo, pues el segundo es aplicable solo sobre ganancias retenidas y el tercero únicamente sobre los dividendos pagados por los *juros sobre o capital propio*. En Australia existe una categoría de financiación llamada “non-equity shares” que genera rentas que tienen la naturaleza jurídico-mercantil de dividendos, pero que fiscalmente son deducibles para la entidad pagadora. BROWN 2012: p. 28.

<sup>1115</sup> Sobre la operativa de este sistema vid. HARRIS 1996: p. 61–64. El autor señala como el sistema de deducción de dividendos es el sistema más sencillo de eliminación de la doble imposición económica de dividendos.

<sup>1116</sup> BROWN 2012: p. 28.

para eliminar la doble imposición económica responden a un concepto de dividendo ligado a la idea de que estas rentas se ven sometidas a un doble gravamen. De hecho, el Informe MIRRLEES en el Reino Unido destaca que un posible problema de la adopción de sistemas ACE es si los dividendos pagados por una subsidiaria británica a una firma extranjera, continuarían siendo aceptados como crédito fiscal del impuesto de renta de no residentes en países que usan el sistema de imputación (*tax credit*). La magnitud de la cuestión es variada. En Países como Bélgica y Croacia, no se han presentado demasiados problemas<sup>1117</sup>, sin embargo, en los casos en que la deducción no es un estimado ficticio del capital total<sup>1118</sup> y, por el contrario, se liga a la deducibilidad del pago por un instrumento financiero concreto, como ocurre en Brasil con los *juros sobre o capital propio* o en Australia con las *non-equity shares*, el problema si se ha presentado. Muestra de ello es lo que ha pasado respecto de inversionistas residentes en España<sup>1119</sup>.

De tal manera, la deducibilidad de las remuneraciones de los instrumentos de patrimonio puede suponer cambios en los artículos 10 y 11 MCOCDE, acordes con la política fiscal de los Estados contratantes, considerando, de un lado, la posición de los países que permiten la deducibilidad, que son los mismos de la fuente de los dividendos. Así por ejemplo, la práctica convencional brasileña más reciente demuestra cómo los JSCP son expresamente considerados como intereses a efectos convencionales, al tiempo que se autoriza un gravamen considerable en la fuente que opera con independencia de la participación en la sociedad. De esta forma, el interés recaudatorio del país suramericano se mantiene, logrando un grado aceptable de neutralidad en las opciones de financiación de las empresas residentes en dicha jurisdicción. Para países como Bélgica, la deducibilidad se asume como una reducción en el tipo efectivo de la sociedad, por lo cual no se da un aumento correlativo en la imposición del inversor, ya que los dividendos están generalmente exentos o sujetos a un 1.69%, mientras que permite un grado aceptable de neutralidad a través de un tipo

---

<sup>1117</sup> MIRRLEES, STUART & INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES 2011: p. 446.

<sup>1118</sup> En relación con el caso belga debe destacarse que la desgravación se concede mediante la aplicación de una tasa de interés de referencia sobre el capital en riesgo. Este último monto se calcula sobre el capital social determinado a efectos contables y una depuración. HAELTERMAN & VERSTRAETE 2008: p. 374 369; VANOPPEN 2012: p. 118.

<sup>1119</sup> SAN 712/2014, de 27 de febrero, Recurso 232/2011; CALDERÓN 2012b: aptdo. 1 y ss.

general del 25% de retención para intereses<sup>1120</sup>. Ahora bien, cuando la deducibilidad se predica de ciertos tipos de entidades como los REITS o los CIVS, el artículo de dividendos debe ser modificado para permitir gravar las distribuciones de los mismos, bajo tipos impositivos mayores a los que aplicarían a los dividendos recibidos por entidades que no pueden deducir dividendos.

Por su parte, desde la perspectiva del Estado de residencia del inversor, tendrá que analizarse si sus criterios para calificar rendimientos de fondos propios o de pasivos financieros de entidades no residentes podrían dar lugar a la concesión de las desgravaciones para eliminar la doble imposición económica de dividendos que, a pesar de que sean deducibles en la entidad y por ello no soporten doble imposición económica.

## **2.7. RECAPITULACIÓN**

Todo lo expuesto en los apartados anteriores da cuenta de la existencia de contradicciones y ambigüedades en la definición del art. 10.3 del Modelo y en la doctrina que se ha referido a la misma, ya que, en ocasiones, los criterios de distinción del derecho interno son trasladados sin vacilar a los CDI, justificando así un significado autónomo aplicable a todos los tratados que siguen el MCOCDE, lo que a nuestro juicio genera serios problemas de acoplamiento con el sentido literal y obvio de las palabras, con la historia del Modelo y con los distintos contextos y legislaciones internas de los estados contratantes. En efecto, la redacción de los CDI suele contener términos del Derecho Privado para determinar la fuente de los dividendos, cuyos significados en dicho ámbito pueden no compaginarse con las líneas divisorias entre el endeudamiento y los fondos propios en las distintas ramas del Derecho, ya que, a pesar de la innegable existencia de una clasificación, es también palpable que la frontera entre ambas categorías es definida, considerando la consecuencia jurídica que pretende asignar el legislador en cada precepto, de forma distinta. En este sentido, un instrumento puede constituir endeudamiento a unos efectos, o fondos propios a otros. Además, las legislaciones internas no están armonizadas entre sí en relación al nombre de cada categoría, ni en lo concerniente a sus características esenciales, por lo cual

---

<sup>1120</sup> Una descripción del sistema belga en: HAELTERMAN & VERSTRAETE 2008: p. 362 y ss.; VANOPPEN 2012: p. 118.



un instrumento puede ser calificado de forma asimétrica en dos Estados. Admitiendo entonces que no hay un significado único de la categoría “participaciones sociales” en la legislación interna, no parece apropiado crear un concepto intrínseco de “participaciones sociales” con base en la misma, si lo que se pretende es determinar el significado convencional de “dividendos”. Contrario a la doctrina mayoritaria, podría entenderse que la redacción del art. 10.3 del Modelo comprende tres reglas gramaticalmente diferenciadas.

Lo anterior permite reconocer que el MCOCDE adoptó tres reglas para determinar qué son las participaciones en entidades, que se explican por las diferentes perspectivas utilizadas por los redactores para caracterizar los distintos tipos de derechos que podrían ser la fuente de unos rendimientos provenientes de unos beneficios que han sido sujetos a imposición en cabeza de otro sujeto. Esa lista ejemplificativa de “participaciones” tenía como objeto la negociación de los tratados. De esta manera, la interpretación de los CDI en vigor no necesariamente debe considerar los derechos enumerados en el Modelo como ejemplos. Si bien siempre se trata con ello de definir los tipos de participaciones en los fondos propios de las sociedades, el art. 10.3 MCOCDE es simplemente el resultado de una descripción de las distintas aproximaciones tomadas por las legislaciones tributarias que, afortunada o infortunadamente, se han convertido en normas incorporadas en los Tratados. La mayoría de CDI españoles, y quizá los de la mayoría de jurisdicciones, carecen de un análisis acerca de si las legislaciones internas tributaria y no tributaria regulan o no ese tipo de derechos o, si acaso, pueden encontrar un significado diferente al que el Modelo quiere referirse, en virtud de vocablos similares en el derecho interno que alguien podría hacer valer apelando al artículo 3.2 MCOCDE. Además, tampoco se suele indicar si el significado tributario debe prevalecer o no cuando tales derechos tienen un significado distinto en otras ramas del derecho.

Para efectos de la discusión que compete a este trabajo, es razonable concluir que, en el art. 10.3 MCOCDE y en la mayoría de los CDI, concurren tres partes en la definición de dividendos. Los dos primeros, que contienen una definición autónoma convencional, y el tercero que incorpora una remisión al derecho interno del Estado de la residencia de la entidad distribuidora:

1) regla formal: prevista en la primera parte, según la cual la renta de cualquiera de los derechos enunciados genera dividendos. Interpretativamente resulta difícil restringir, en coherencia con la idea de que existe un significado intrínseco, el mandato de esta primera parte. Así, son dividendos a todas las rentas que deriven de los derechos enumerados, interpretados desde una perspectiva mercantil. Ha de reconocerse que la inclusión de un listado como el del MCOCDE en un CDI concreto no es una técnica legislativa adecuada, puesto que los cambios legislativos pueden generar problemas interpretativos. En cualquier caso, lo propio es que los negociadores verifiquen el significado de estos instrumentos en el derecho interno y aclararlo de ser necesario, pero siempre excluyendo los derechos que no tengan el régimen tributario de las acciones.

2) regla abierta: incorporada en la segunda parte, la cual indica que son dividendos aquellas rentas derivadas de derechos que participen en beneficios pero que no sean derechos de crédito. Es un precepto que busca complementar la primera parte con una fórmula general que admite aquellos derechos que derivan de contratos de asociación similares a los enumerados en la primera parte. El riesgo que tiene consiste en que, por su amplia redacción, puede incluir contratos que dan derecho a participar en beneficios, pero que no tienen el tratamiento tributario de los dividendos en el Estado de la fuente, pudiendo ocasionar asimetrías, ya que hace parte del significado autónomo convencional.

3) regla del tratamiento tributario: prevista en la tercera parte, implica que son dividendos las rentas de otras participaciones sociales que sean gravadas como las rentas de las acciones en el Estado de residencia de la entidad distribuidora. La eficacia de esta norma se puede perder al contener un concepto jurídico abierto como el de “participaciones sociales”, que ha sido entendido con reglas formales o sustanciales basadas en criterios mercantiles, contables o fiscales, creando así un alto grado de inseguridad jurídica.

Para el Derecho tributario interno resulta circular definir las participaciones sociales por el tratamiento tributario de sus rendimientos y, por ello, se requiere establecer las definiciones, descritas en páginas anteriores, de “participaciones sociales” en una “entidad distribuidora de dividendos”. Sin embargo, para repartir la potestad tributaria en los CDI sí se puede acudir al tratamiento tributario del rendimiento en un Estado contratante. Aunque ello resultaría absurdo si se aplicase a todos los elementos de rentas. En relación con los dividendos, se justifica la excepcional remisión, puesto que se trata de proteger la imposición de los beneficios que económicamente pueden ser trasladados a los socios, no sólo como dividendos ordinarios, sino como distribuciones encubiertas- de una entidad residente.

En definitiva, *de lege ferenda*, es recomendable eliminar la remisión al derecho interno prevista en las definiciones de intereses en varios CDI vigentes, ampliar la definición de dividendos a través de la eliminación de la expresión “participaciones sociales” e incorporar reglas de desempate cuando la renta califique también dentro del art. 11. Del mismo modo, la existencia de normas que luchan contra la subcapitalización supone un análisis detallado del reparto del poder tributario en los CDI, con el objeto de lograr un mayor grado de reciprocidad. Como se observó, pueden existir medidas que refuercen la imposición en la fuente que resultan limitadas por los CDI y, por ende, inutilizadas. Por otra parte, la deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios en el Estado de la fuente de los dividendos, incorporada con el loable pretexto de la neutralidad, termina convirtiéndose en un reforzamiento de la imposición en la residencia si se mantiene sin cambios la redacción del artículo 10 del MCOCDE.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE LA FUENTE Y LOS RENDIMIENTOS

Desde un punto de vista económico el régimen fiscal de las rentas obtenidas a través de una entidad distribuidora de dividendos no termina en la imposición de los beneficios atribuidos a ésta, sino que se completa con el gravamen de los dividendos. El segundo nivel de imposición depende de las características del sujeto que obtiene los dividendos o distribuciones, tal como se explicó en el Capítulo I, lo que puede causar arbitraje en la elección del perceptor de los beneficios. Del mismo modo, la re-determinación de la fuente de la renta podría causar la eliminación del primer nivel de imposición, cómo cuando el pago resulta deducible en la entidad distribuidora, y/o la obtención de un régimen fiscal más favorable para el perceptor (el segundo nivel de imposición). Es por ello que las legislaciones internas consideran que los dividendos a efectos fiscales son una categoría más amplia que los decretados los formalmente decretados según el derecho mercantil<sup>1121</sup>, pues pueden comprender a otras distribuciones de beneficios y rendimientos asimilados. Bajo lo anterior, es probable que se presenten conflictos de calificación cuando los beneficios de la sociedad son distribuidos de forma oculta a los socios o a sujetos relacionados con éstos. Así, la cuestión que se plantea en éste apartado consiste en determinar si esos rendimientos considerados como dividendos según el derecho interno califican dentro del art. 10.3 del MCOCDE y normas semejantes de los CDI.

#### 3.1. LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS NO PREJUZGA LA ATRIBUCIÓN DEL RENDIMIENTO

Para el artículo 10.3 del MCOCDE y la mayoría de CDI, los dividendos son una “renta” o “rendimientos” que provienen de las participaciones en una “sociedad”. La utilización de la preposición “de”, a la que le antecede la palabra “renta/rendimiento” y le sucede la participación concreta, da a entender una relación de causalidad. Nótese que la definición del tercer párrafo del artículo no habla del receptor de dividendos, ni lo cualifica<sup>1122</sup>,

---

<sup>1121</sup> vid. ILLESCAS 1973: p. 70-73; GARRIGUES & URÍA 1976: p. 401.

<sup>1122</sup> Por ello, los requerimientos adicionales incorporados por los tratados, y que se han comentado en el Capítulo I, como el de beneficiario efectivo o la exclusión de las *partnerships* (a efectos del art. 10.2.a)), no hacen parte de la definición objeto de estudio de esa Tesis y, por lo tanto, son excluidos de los análisis que se realizan a continuación. Recuérdese que, antes de la calificación de la renta de acuerdo con la definición de dividendos, es necesario determinar la concurrencia del ámbito de aplicación temporal, espacial, objetivo y

simplemente señala el activo del cual deriva el rendimiento, sin aclarar el nexo entre ambos. Por eso, no podemos estar de acuerdo con quienes consideran que a efectos convencionales sólo son dividendos los elementos de renta que tengan su causa en la condición de socio, accionista o partícipe<sup>1123</sup> o donde exista una “relación de accionista/socio” (*shareholder relationship*)<sup>1124</sup>. Correctamente los Comentarios dan a entender que esa relación no viene determinada por la definición convencional de dividendos e incluso admiten que si la persona del accionista no coincide con el sujeto a quien se atribuyen los “beneficios (ventajas)” habrá un conflicto de atribución que redundará en el CDI aplicable, pero en ningún momento señalan que la definición de dividendos excluya dichas ventajas<sup>1125</sup>. Es más, aceptan directamente que las ventajas de las participaciones sociales pueden ser atribuidas a sujetos distintos de los accionistas en el sentido del derecho de sociedades y, sin embargo, considerarse dividendos<sup>1126</sup>. Es menester aclarar entonces que si bien podrían darse conflictos de atribución de los dividendos que no puedan ser solucionados en los términos del Tratado, los conflictos de calificación por el contrario pueden resolverse en los términos del art. 10.3 del Modelo leído en concordancia con los apartados 1 y 2 del art. 3 de mismo texto, entendiendo por consiguiente que la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora es la única relevante para concretar el nexo entre el ingreso y la participación cuando se trata de definir la categoría de renta del Tratado.

Así, el tercer elemento del concepto de dividendos consiste en una relación entre la fuente de la renta –la participación en la entidad distribuidora– y el rendimiento, que en el MCOCDE se ha redactado de forma abierta para hacer suya la relación que fije el Estado de residencia de la entidad distribuidora, que podrá adoptar una visión amplia o estrecha de la *societatis causa* como se expone a continuación. En ese sentido, será ordinario incluir a los dividendos formalmente decretados según derecho mercantil y pagados a los accionistas, socios o partícipes, que son el ejemplo por antonomasia de esa relación, ya que se trata la

---

subjeto del Convenio. Estos temas son un presupuesto para el estudio del objeto de esta Tesis y por lo tanto no son estudiados aquí.

<sup>1123</sup> VOGEL, 1997, párr. 188

<sup>1124</sup> Esta denominación en HELMINEN 2010: p. 91 y ss.

<sup>1125</sup> párr. 30, art. 10 CMOCDE.

<sup>1126</sup> párr. 29, art. 10 CMOCDE.

concreción de un derecho genérico de estos a la distribución de las utilidades, que se materializa con una decisión de los propietarios (máximo órgano de la sociedad), sujeta a ciertas formalidades de orden temporal, de quórum y mayorías, generalmente propuesta por los Administradores, mediante la cual los resultados de una compañía se distribuyen entre quienes detentan los derechos económicos de las participaciones en los fondos propios, creando así un derecho subjetivo<sup>1127</sup>. Por consiguiente, concurre un elemento subjetivo en el titular de la participación, que es el mismo sujeto que recibe los beneficios, junto a un elemento objetivo, que es la declaración formal de dividendos. Sin embargo, en ocasiones lo que interesa no es la posición de quien participa en el capital, sino las pérdidas patrimoniales de la entidad distribuidora, mediante lo que podría llamarse genéricamente “distribuciones de beneficios” que no son pagadas a los titulares de los fondos propios, o que siendo pagados a éstos, no tienen la forma de un dividendo. Ello porque esos sujetos tienen derechos también sobre los beneficios acumulados y las reservas ocultas<sup>1128</sup>, y pueden influir a los órganos sociales para que realicen distribuciones encubiertas que deterioren el capital y violen la paridad de trato de los socios<sup>1129</sup> mediante la alteración de

---

<sup>1127</sup> vid. GARRIGUES & URÍA 1976: p. 401; ILLESCAS 1973: p. 70-73. En palabras del Prof. ILLESCAS: “El paso de los beneficios desde las arcas sociales a los accionistas se produce como consecuencia de la oportuna decisión adoptada por la junta general. Dicha decisión, convirtiendo los beneficios en dividendos y acordando su distribución, es el requisito necesario para la apropiación de aquellos por los socios.” De esa manera, “de dividendos no puede hablarse en puridad en tanto y en cuanto no se haya procedido a la aprobación de la propuesta de distribución de beneficios, siendo el acuerdo de aprobación lo que va constituir el título jurídico en base al cual se transmiten los beneficios, desde el patrimonio de la sociedad al de los socios.”

<sup>1128</sup> Por ello, ha de tenerse presente que no todos los beneficios son distribuibles, pues algunos deben fortalecer los recursos propios a través de reservas legales, estatutarias e incluso, aún siéndolos, el máximo órgano puede pactar reservas voluntarias. En cualquier caso, el socio tiene derechos sobre los beneficios no distribuidos, que se manifiestan en el poder de exigir que la sociedad cumpla con el ánimo de lucro y que no se desvíen los recursos. Incluso, se suele entender que el máximo órgano de la sociedad no puede hacer una retención abusiva de las utilidades en perjuicio de los socios minoritario (p. ej. Reino de España, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 418/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 de mayo, recurso núm. 4744/1998. RJ 2005/5761.) vid. ILLESCAS 1973: p. 11-33, 43, 48-51, 70-73, 99-131. El concepto de dividendos en el *civil law* y en el *common law* se propone proteger el patrimonio de la compañía y es un desarrollo del principio de mantenimiento del capital. KRAAKMAN 2009: p. 131-133. CATÁ BACKER 2002: p. 793-879. De ahí que existan reglas formales para decretar dividendos y consecuencias para las distribuciones excesivas que deterioren el capital (*capital impairment*) o que de alguna forma correspondan a un reembolso del mismo a los socios. Así por ejemplo, en España se requiere que se hayan hecho las reservas legales (art. 274 LSC), especiales (v.gr. art. 148, 153 y 273 LSC), estatutarias y voluntarias, compensado las pérdidas, y superado las limitaciones para el reparto (art. 273 y 326 LSC), aunque bajo ciertos requisitos se admite distribuir anticipadamente, bajo lo que se conoce en España como dividendo a cuenta (art. 277 y 278 LSC). Pues bien, la ilicitud en las distribuciones se sanciona con la restitución, tal como lo ordena el artículo 278 de la LSC.

<sup>1129</sup> ESTEVE PARDO 1996: p. 31-37. A nivel comparado se observa que la legislación mercantil y tributaria aceptan análisis sustanciales de las transacciones para calificar un pago como dividendos encubiertos. DAVIES 1997: p. 281-295; MAYSON, FRENCH & RYAN 2007: p. 265-290. HELMINEN 2010: p. 57.

la forma y el sujeto con derecho a los dividendos por antonomasia. En definitiva, se suele admitir que son dividendos encubiertos “toda ventaja susceptible de valoración patrimonial que el socio recibe de la sociedad al margen de un acuerdo formal adoptado en Junta y que responde en apariencia a una causa justificada y autónoma”<sup>1130</sup>, pero que en el fondo tiene una *societatis causa*<sup>1131</sup>.

Es así como el Derecho tributario, que inicialmente reconoce la independencia de las entidades y sus miembros, y por lo tanto los efectos económicos de los actos jurídicos celebrados entre ellos, suele aplicar el régimen fiscal previsto para las acciones a las distribuciones encubiertas de beneficios con interés fiscal, bien sea mediante la ampliación de la definición jurídico-tributaria de dividendos, o por la aplicación de normas y doctrinas anti-abuso<sup>1132</sup>. El art. 25 LIRPF es un buen ejemplo de esas definiciones amplias que comprenden los dividendos formalmente decretados, las prestaciones hechas por la entidad con *societatis causa*, entendida desde una perspectiva jurídico-privada sustancial, como las primas de asistencia a juntas (lit. a.)<sup>1133</sup>, cualquier otra utilidad procedente de una entidad por la condición de socio (lit. d.), la distribución de la prima de emisión (lit. e.), aún cuando dicha causa se represente en un activo cuya remuneración depende de los resultados

---

<sup>1130</sup> BAGO ORIA 2010: p. 40, 50-55. Describe esta autora las distintas denominaciones que recibe este fenómeno. La expresión que hemos acogido es usada mayormente por la doctrina mercantil y tributaria, aunque se haya criticado que el término dividendos no puede ser entendido para comprender lo que es formalmente decretado y lo que no, de forma que habría que sustituirlo por “distribuciones encubiertas de beneficios”-*verdeckte Gewinnausschüttungen*-. Sin embargo, se ha sugerido utilizar en vez de distribuciones de beneficios traslaciones, donaciones, atribuciones, movimientos contables, movimientos patrimoniales, concesiones, entre otras. BAGO ORIA luego de reconocer la extensión y utilidad de mantener la expresión “dividendos encubiertos” por la difusión que tiene, sugiere que la denominación apropiada sería “atribuciones patrimoniales encubiertas”. vid. PAZ-ARES 1992: p. 1086-1089 y Cfr. ESTEVE PARDO 1996: p. 30 y 31.

<sup>1131</sup> La *societatis causa* fue entendida inicialmente como unos criterios subjetivos, en los cuales, era necesario probar la intención de la sociedad de conceder las ventajas y la conciencia de los socios sobre las mismas. Sin embargo, esos criterios fueron reemplazados por otros de tipo objetivo, según los cuales “existe una distribución encubierta de beneficios si un ordenado empresario y representante legal, actuando según los principios que rigen la actividad empresarial, en igualdad de circunstancias y bajo las mismas condiciones no hubiera celebrado ese negocio con un tercero ajeno a la relación societaria.”. ESTEVE PARDO 1996: p. 31-37. Sobre las diversas formas de atacar la validez y la oponibilidad de los negocios que constituyen distribuciones encubiertas de beneficios: BAGO ORIA 2010: p. 84 y ss.

<sup>1132</sup> vid. HARRIS 2013: p. 215-229

<sup>1133</sup> Las primas de asistencia tienen una naturaleza discutible en el derecho mercantil ya que para algunos son vistas como una indemnización para el socio, mientras que para otros son una distribución de utilidad. vid. FONT GALÁN 2009: p. 771

económicos de la compañía y es pagada por ésta (lit. b)<sup>1134</sup>. En especial, las distribuciones encubiertas de beneficios o dividendos implícitos (*hidden profit distribution* o *constructive dividends*)<sup>1135</sup> son atacadas en el derecho comparado, bien sea a través de la existencia de definiciones amplias de distribuciones, o por aplicación de las normas anti-abuso que asignan el mismo tratamiento de los dividendos formales, como puede ocurrir con los ajustes secundarios en operaciones entre empresas asociadas (cómo el art. 18.11 LIS 2014 y 16.8 TRLIS) o las normas de subcapitalización (antiguo artículo 21 TRLIS<sup>1136</sup>).

Generalmente, en las distribuciones encubiertas de beneficios las cuentas de la entidad distribuidora muestran una disminución de los activos, puesto que ocurren transferencias a favor de los socios u otros sujetos relacionados, y en tales condiciones se les suele llamar *constructive profit distributions*, en tanto que la Administración puede proceder a dar una valoración distinta a las operaciones, modificando el resultado económico de la compañía y declarando las distribuciones por el exceso. Si el socio es quien recibe directamente los beneficios habrá unidad entre el receptor de la renta y el titular de las participaciones, mientras que si lo recibe un tercero se podría entender que la *societatis causa* será lo que determina la calificación de la renta, a pesar de que el receptor no tenga la condición de participe en el capital social<sup>1137</sup>. Sin embargo, en ocasiones las ventajas otorgadas a los socios no tienen un registro formal de la disminución de los activos de la sociedad, caso en el cuál ocurre lo que se ha denominado *diguised dividend distributions*, en donde la Administración debe probar la condición de socio o accionista, recomponer los beneficios

---

<sup>1134</sup> Fundamentalmente se refiere a las partes de fundador y los bonos de disfrute, y la doctrina lo restringe a que exista aportación y con ello a que tenga como causa el contrato social. PITA GRANDAL 2009: p. 408.

<sup>1135</sup> En general, se podría entender como dividendos implícitos aquellas transferencias de una entidad distribuidora: a) sin razones de negocio válidas para una sociedad que se reputa distinta de los socios; b) que dejan de estar bajo el control de la sociedad, para pasar a ser controlados de forma indirecta o indirecta por los socios; y, c) que tengan como fuente los beneficios vid. POLITO 2012: p. 9. Este autor indica que dichas transferencias deben tener la intención de transferir a los socios, lo cual parece un requisito muy aplicado al derecho estadounidense y que sobraría para una definición más amplia. En relación con las distintas aproximaciones sobre los dividendos implícitos ver: CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 48-50; HARRIS 2013: p. 208, 209, 215-229.

<sup>1136</sup> Derogado por el RD 12/2012.

<sup>1137</sup> HELMINEN 2010: p. 93



de la entidad negando la deducibilidad de los gastos asociados a la transferencia, y declarar la existencia de la distribución de beneficios<sup>1138</sup>.

Por otra parte, existen otro tipo de transacciones que logran trasladar el valor de los beneficios acumulados a un socio primigenio, sin que exista ningún movimiento formalizado en las cuentas de la entidad distribuidora, ni en la realidad se dé una erogación que pueda ser calificada de distribución encubierta de beneficios. En estos casos, la tributación de la entidad no resulta cuestionada, ya que la Administración no ajusta sus beneficios, y el problema se presenta en relación con la capacidad contributiva del socio, accionista o partícipe, quien puede obtener ingresos sustitutivos de dividendos. En algunas legislaciones la obtención de tales ingresos es considerada fraude por elusión fiscal del régimen legal previsto para los dividendos, o cuanto menos, se amplían las definiciones fiscales para incluir dichos pagos sustitutivos dentro del régimen fiscal de las distribuciones de beneficios (*deemed dividends*)<sup>1139</sup>. La legislación española da un ejemplo de lo anterior cuando considera dentro de los rendimientos por la participación en los fondos propios en una entidad a los derivados de contratos que conlleven a constituir o ceder los derechos o facultades de uso o disfrute de valores o participaciones, sin importar “su denominación o naturaleza” (art. 25 LIRPF, *infra* lit. c), como sería un usufructo de acciones. Es importante tener en cuenta que en este último caso, si bien para el usufructuario no interesa la titularidad sobre la participación, si lo hace la existencia de derechos de uso o disfrute sobre la misma. Se aprecia entonces una flexibilización de la causa mucho más allá de los intereses que pretende proteger el derecho mercantil, pues incluso comprende lo que sería una “causa sobre un *societatis causa*.” Para el nudo propietario el valor recibido por la cesión se considera también rendimientos derivados de la participación en fondos propios, bajo el literal d) del artículo citado atrás. Por el contrario, cuando hay transmisión de los derechos se genera una ganancia o pérdida patrimonial, pero no un rendimiento del capital mobiliario.

---

<sup>1138</sup> En relación con estos tipos de distribuciones encubiertas de beneficios en Francia ver: HATTINGH 2009: p. 524.

<sup>1139</sup> vid. HARRIS 2013: p. 208-228.

Además de las distribuciones formal y sustancialmente consideradas, ha de destacarse que los ingresos derivados de la enajenación de las participaciones, bien sean resultantes de la cuota de liquidación total o parcial de la entidad, de la reducción del capital o de la venta de las mismas, pueden ser considerados por las definiciones internas como dividendos o distribuciones de beneficios, o al menos, tener el mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones, aunque no tengan directamente una *societatis causa* y se produzcan por dejar la condición de socio o accionista. Esa calificación como dividendos de esos ingresos obedece a que el tratamiento bajo regímenes de ganancias patrimoniales puede suponer un tratamiento fiscal más favorable que cause faltas de neutralidad y de hecho las normas que atacan puede encontrar que existe un fraude o elusión del régimen fiscal de los dividendos si se cumple con los demás requisitos consagrados por el ordenamiento respectivo (artificiosidad, ausencia de motivo económico válido, falta de sustancia económica, etc.) y por lo tanto ordenar la respectiva calificación.

Dicho esto, es importante profundizar en las razones por las cuales la definición de dividendos de los CDI no prejuzga la atribución de la renta *a efectos de la calificación del rendimiento*. En ese sentido debe admitirse que existe un perfecto ejemplo de lenguaje fiscal internacional en el párr. 28 de los Comentarios al art. 10 del MCOCDE que indica que son considerados “dividendos no sólo las distribuciones de beneficios aprobadas cada año por la Junta General de Accionistas, sino también otros beneficios valorables en dinero, tales como acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación y distribuciones encubiertas de beneficios.” Este alejamiento de las formalidades exigidas por derecho mercantil ha sido reconocido desde los trabajos del WP12 de la OEEC que afirmaron que solo se requiere que sea una “renta”, y que la misma provenga de participaciones en sociedades. Si bien la tercera parte de la definición del art. 10.3 incluyó dentro de su alcance la remisión a la legislación interna que ya contenían los Comentarios del Primer Informe del WP12, es evidente que cuando la definición no contenía la tercera parte, era posible entender que el vínculo entre el rendimiento y la participación era un asunto no restringido por el CDI, con lo cual la remisión vino a aclarar que la legislación del Estado de la fuente resulta prevalente esos efectos<sup>1140</sup>. En consecuencia, aunque la primera y segunda parte de la

---

<sup>1140</sup> vid. párr. 28 y 29 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

definición del art. 10.3 del Modelo daría espacio para que la residencia aplique su legislación para determinar ese vínculo entre el rendimiento y la participación, si hubiese un conflicto de calificación deberá seguir a la legislación del Estado de la fuente<sup>1141</sup>. En otras palabras, la (re)calificación como dividendo de una renta por parte de la legislación del Estado de la fuente da lugar a la obligación del Estado de la residencia de garantizar el tratamiento fiscal para dicha renta según el CDI. Lo anterior, a pesar de que la legislación de ese último Estado no califique como dividendo ese ingreso por considerar que no se da por una relación de socio, o por una *societatis causa*. Ello se deriva claramente de la tercera parte de la definición de dividendos, pero incluso sin ella, también de las reglas de solución de los conflictos de calificación contenidas en el artículo 3.2 MCOCDE<sup>1142</sup>.

Debe destacarse que el MCOCDE no define dividendos como distribuciones de beneficios, aunque se haga mención a la participación en “beneficios” en la segunda parte de la definición, así como a la “sociedad que hace la distribución” en la tercera. Aunque los MCOCDE den una idea de lo que usualmente las legislaciones consideran como nexo entre la participación social y los rendimientos al admitir que pueden consistir en una distribución de “beneficios sociales del ejercicio o provengan, por ejemplo, de reservas; esto es, de beneficios de ejercicios anteriores”<sup>1143</sup>; lo cierto es que este es un asunto que las legislaciones definen. Y es que no es lo mismo definir dividendos como distribuciones de beneficios, que como rentas de participaciones sociales, y en eso los Comentarios al MCOCDE no tienen la claridad deseada como destaca HATTINGH al criticar a los párr. 1 y 24 del art. 10. El primero indica que los dividendos generalmente dan a entender “las distribuciones de beneficios hechas a los accionistas o socios por las sociedades...”. El

---

<sup>1141</sup> En otras palabras, la (re)calificación como dividendo de una renta por parte de la legislación del Estado de la fuente da lugar a la obligación del Estado de la residencia de garantizar el tratamiento fiscal para dicha renta según el CDI. Lo anterior, incluso a pesar de que la legislación de ese último Estado no califique como dividendo ese ingreso por considerar que no se da por una relación de socio, o por una *societatis causa*.

<sup>1142</sup> En igual sentido, aunque no se sabe a ciencia cierta si lo menciona respecto de los CDI con redacción con base en el MCOCDE, los que contienen una redacción amplia o amplísima. HELMINEN 2010: p. 98 y 99. En tal sentido, las (re)calificaciones de otros tipos de rentas en dividendos proceden siempre que cumplan con los requisitos generales de ser acordes con la buena fe y no supongan una discriminación respecto de instrumentos u operaciones de financiación realizadas al nivel doméstico en los términos del artículo 24 MCOCDE. En especial cuando supongan denegar la deducibilidad de la remuneración, podrían ir contra los apartados 4 y 5 de dicha norma. HELMINEN 2010: p. 174-175.

<sup>1142</sup> Destacando la interpretación de estas variaciones HELMINEN 2010: p. 97-99.

<sup>1143</sup> párr. 28 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

segundo indica que el “concepto de dividendo se refiere esencialmente a las distribuciones hechas por las sociedades... en primer lugar, a las distribuciones de beneficios a que dan derecho las acciones”. Para el autor, el término:

“‘Distribución’ implica algo que es dado por una sociedad a los accionistas sin importar la forma jurídica, pero por la cual la primera causa es la relación de accionista. La palabra “distribución” puede decirse que es un concepto correcto para emplear cuando la imposición de la sociedad es lo relevante, como quiera que se concentra en la acción (distribuir beneficios) tomada por la sociedad. Es inusual, como un asunto de lenguaje y legalidad, referirse a los ingresos de una distribución cuando la tributación del accionista es lo relevante.”<sup>1144</sup>

Por ello, el autor surafricano concluye que los términos “dividendos” y “distribuciones” han sido utilizados de forma intercambiable por el MCOCDE desde los trabajos del WP12, lo que resulta en un error que debería ser corregido eliminando esta última palabra de los Comentarios. Lo anterior, ya que a efectos del Modelo califican dentro del art. 10 aquellas “rentas” que provienen de un capital que comparte el riesgo empresarial. Es decir, HATTINGH asume que la definición de dividendos tiene un significado autónomo de participaciones sociales que entendemos incluiría una suerte de atribución determinada por la relación de accionista, que no se acompaña con los Comentarios que hablan de distribuciones de beneficios. De tal forma, según el autor las presunciones de distribuciones encubiertas de beneficios no califican dentro del artículo 10.3 del Modelo cuando no cumplen con esa definición o condición esencial de los dividendos en los CDI<sup>1145</sup>.

No se puede compartir la solución de HATTINGH que olvida que la exigencia de la definición del art. 10 MCOCDE no consiste en que quien reciba los dividendos sea el titular de las participaciones, sino que la causa del pago sea la existencia de las mismas, esto es, que las participaciones sean la fuente de la renta. Ha de reconocerse que la definición del Modelo no ayuda a determinar cuáles pagos son dividendos, al tiempo que los Comentarios generan ciertas dudas acerca de si lo que interesa gravar es la capacidad económica del socio o establecer un segundo gravamen sobre los beneficios, disyuntiva que está relacionada directamente con la concepción del impuesto sobre la renta adoptada en cada

---

<sup>1144</sup> HATTINGH 2009: p. 518.

<sup>1145</sup> HATTINGH 2009: p. 518.

Estado. Nótese que mientras el mencionado párr. 1 de los Comentarios enlaza la distribución de la sociedad con el rendimiento de los socios, la línea citada del párr. 24 parece sólo interesarse por la situación de la sociedad hace la distribución. Por su parte, el párr. 29 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE, incorporado en el Modelo de 1977, habla genéricamente de las “ventajas a que da derecho una participación social (...) que no se atribuyen, por regla general, más que a los propios accionistas” centrándose así de nuevo en la posición del socio, pero indica, a renglón seguido que lo que importan son las distribuciones. El párrafo reconoce entonces la práctica de atribuir los dividendos a sujetos distintos de los socios, adoptada en las legislaciones de los estados miembros. Textualmente indica que algunas:

“de estas atribuciones en beneficio de personas que no son accionistas en el sentido del derecho de sociedades pueden, sin embargo, considerarse dividendos cuando:  
-Las relaciones jurídicas entre estas personas y la sociedad se asimilan a una participación social (“participaciones ocultas”) y  
-Las personas que se benefician de estas ventajas se encuentran ligadas por lazos estrechos a un accionista; así por ejemplo, cuando el beneficiario es un pariente del accionista o bien una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad titular de las acciones.”

Lo dicho demuestra la complejidad con la que lidia el artículo de dividendos en los CDI, ya que la definición debe servir para gravar los dividendos de los socios o las distribuciones de las sociedades, según lo que resulte más importante para cada Estado, considerando su concepción del impuesto de sociedades y su relación con los tributos que recaen sobre los socios. En nuestra opinión, los Comentarios citados requieren mayor claridad, pero no entrañan una contradicción en sus términos, ya que vienen admitir correctamente que la definición de dividendos no prejuzga la atribución de la renta a un tercero o al socio. Simplemente requieren que la fuente del pago sea la “participación” en una entidad diferenciada de sus miembros<sup>1146</sup>. De tal forma, si las definiciones internas de dividendos o las normas anti-elusión generales o especiales del Estado de la fuente ordenan la recalificación de una renta como dividendos, el artículo 10.3 del MCOCDE permitiría considerarlos como tales a nivel convencional siempre y cuando haya un mínimo nexo entre la renta y las “otras participaciones sociales” que puede ser ampliamente configurado

---

<sup>1146</sup> En esa misma línea HELMINEN 2010: p. 97.

por las legislaciones. Es decir, la fuente o relación exigida por la definición de dividendos convencional entre estas últimas y la renta es un asunto abierto a las legislaciones de los estados contratantes, pero con preponderancia de la del Estado de la fuente de los dividendos en caso de conflicto de calificación y dentro del marco de la buena fe<sup>1147</sup>.

Viendo ese amplio margen para fijar el nexo que deja el Modelo, es relevante entonces indagar por el significado de los dos elementos que se conectan, esto es, la renta/rendimiento y la participación en la entidad distribuidora. Ésta última ha sido objeto de estudio en los apartados anteriores y cabe destacar en este punto que en los CDI con remisiones amplias la relación debe ser entre la renta y el “otro derecho”, lo cual permite comprender casi todo, siempre que la renta se pague en virtud de dicho activo. En los tratados con remisiones amplísimas se requiere que sea una “renta/rendimiento”, sin exigir nexo alguno con un activo, de manera que sólo restaría que sea pagado por una entidad distribuidora y que la renta esté sujeta al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones<sup>1148</sup>.

Ahora bien, en la mayoría de convenios se exige que la renta sea sometida al mismo régimen impositivo de las acciones, lo cual puede interpretarse, al menos, de dos formas: a) exclusivamente las rentas que de ordinario tienen el tratamiento tributario de dividendos porque así se califiquen de forma que debería preverse en las definiciones internas; o, b) las rentas que efectivamente reciben el tratamiento tributario de dividendos, comprendiendo a las anteriores e incluso a las que sean objeto de recalificación o que por medio de técnicas presuntivas así se graven. Dado que la redacción del MCOCDE exige que la renta sea “sujeta” por el Estado de residencia de la entidad distribuidora es posible afirmar que la segunda parece más apropiada cuando la recalificación se justifica en una determinación del nexo, que hemos dicho, depende del derecho interno y no está restringido por el CDI. Por consiguiente, dado que el efecto propio de la recalificación es precisamente someter al

---

<sup>1147</sup> Podría decirse que un buen número de sentencias del *Hoge Raad* neerlandés son contrarias a esta afirmación, en tanto que han justificado que el Tratado no permitiría ese gravamen si no se observa algún indicio de la voluntad de permitir expresamente las reatribuciones de rentas o recalificaciones de rendimientos. Sin embargo, como lo ha manifestado la doctrina, no queda claro que precepto del mismo es el que lo restringe y como hemos dicho, el art. 10 no parece hacerlo. vid. Con las sentencias ahí citadas VAN WEEGUEL & DE BOER 2006: p. 360-362. ARNOLD & VAN WEEGUEL 2006: aptdo. 5.5.3.

<sup>1148</sup> Destacando la interpretación de estas variaciones HELMINEN 2010: p. 97-99.

régimen fiscal de los dividendos a las otras rentas, es perfectamente posible afirmar que entrarían dentro de la tercera parte de la definición sin mayores exigencias que las de ser un rendimiento de “otras participaciones sociales” -bajo el MCOCDE- o, de ser “otros derechos” o simplemente una “renta” -en otros tipos de CDI-.

Con todo, a continuación se analiza el significado de renta/rendimiento, y posteriormente, se estudiará la elasticidad que puede admitir la interpretación de esa relación de causalidad o nexos con las participaciones a la luz de los problemas que han supuesto aquellas operaciones en que resulta discutible si la renta deriva o no de la participación social. En concreto, se estudiarán las operaciones más comunes que dan lugar a pagos sustitutivos de dividendos, distribuciones ocultas de beneficios o a la realización al nivel del socio de los beneficios acumulados y reservas ocultas de la entidad distribuidora de dividendos.

## **3.2. RENTA/RENDIMIENTOS**

### **3.2.1. EL CONCEPTO DE RENTA COMPRENDE A LAS GANANCIAS DE CAPITAL**

El concepto de “renta” no es unánime a nivel mundial, por más esfuerzos de economistas y teóricos que han querido justificar la necesidad de una definición apartada de la política<sup>1149</sup>. Para construir el impuesto de renta, que es una de las finalidades de la elaboración de dicha definición, serán determinantes las valoraciones económicas, jurídicas, de política fiscal, sociológicas y de otro tipo que el legislador en cada Estado haga<sup>1150</sup>. En el Capítulo I, al revisar la historia del ese tributo en España se anticipó que la renta fue entendida inicialmente como los ingresos periódicos que provienen de una fuente y, con posterioridad, como los incrementos netos de riqueza, de forma similar a la concepción del impuesto global de renta<sup>1151</sup>. Además, se expuso que los sistemas actuales, por más que den preferencia a ésta última, mantienen referencias a las fuentes con el propósito de dar tratamientos diferenciados a ciertos elementos de renta. El mismo Capítulo demostró ese

---

<sup>1149</sup> ESSERS & RIJKERS 2005: preface. Ver las críticas en GASSNER 2005: p. 33 y ss.

<sup>1150</sup> GASSNER 2005: p. 33 y ss.

<sup>1151</sup> Nos referimos a la teoría de la periodicidad o de la fuente de VON HERMANN y la de los incrementos netos de riqueza de VON SCHANZ. vid. VON SCHANZ 1970: p. 155 y ss. Esta última teoría corregida por SIMONS 1970: p. 195 y ss. dando lugar al concepto de renta global.

régimen diferenciado respecto de los dividendos en el Derecho interno, por mucho que esa categoría forme parte, junto a las ganancias patrimoniales, de la base del ahorro<sup>1152</sup>, al tiempo que expuso cómo los CDI utilizan también la referencia a la fuente de la renta para definir dividendos. De esta forma, la fiscalidad internacional directa convive con dos concepciones de renta diversas que causan inconvenientes en la práctica como los que se expondrán en los siguientes apartados.

La construcción del MCOCDE supone problemas a la hora de determinar los límites entre y rentas las ganancias de capital *derivadas de la enajenación* de participaciones sociales (art. 13) y las *rentas de participaciones sociales* (art. 10.3), ya que debe afrontar la inexistencia de una definición de renta perfectamente aceptada a nivel internacional por la doctrina o el DIT. Las ganancias de capital en un sentido ordinario son un incremento en el patrimonio de una persona a causa de un ingreso no recurrente que no es parte del desarrollo normal de los negocios o inversiones. Desde un punto de vista teórico, las ganancias de capital son renta para la concepción de los incrementos netos de riqueza. Por el contrario, para los partidarios de la tesis de la fuente no siempre las ganancias son renta, pues, si se asoma el requisito de la periodicidad en la perspectiva del autor o del legislador del que se trate, la enajenación supone un ingreso no periódico y la desaparición de la fuente de renta<sup>1153</sup>. Por esto último, en los primeros impuestos reales sobre la renta las ganancias de capital no resultaban comprendidas dentro de su hecho imponible. Ello explica, en buena medida, porqué los CDI inicialmente no incorporaron un artículo comprensivo específico para estos supuestos<sup>1154</sup> y sólo hasta el Modelo de Londres se acogió una regla de similares características a la del MCOCDE más reciente.

---

<sup>1152</sup> Como es bien sabido, en España las rentas la persona física se integran en la base imponible general y la base imponible del ahorro. Dentro de ésta última se incluyen los rendimientos derivados de la participación en fondos propios de entidades, los de cesión a terceros de capitales propios (salvo los percibidos de entidades vinculadas cuando el capital cedido exceda el triple de fondos propios de la entidad prestataria que correspondan al porcentaje de participación del contribuyente), los rendimientos seguros de vida, capitalización y rentas temporales y vitalicia, y las ganancias y pérdidas patrimoniales procedentes de la transmisión de bienes y derechos adquiridos o de mejoras realizadas, o de derechos de suscripción que correspondan a calores adquiridos con más de un año de antelación a la fecha de transmisión. La determinación de la base liquidable para cada una es distinta Vid. Art. 44 y ss. LIRPF.

<sup>1153</sup> VON SCHANZ 1970: p. 158 y ss.

<sup>1154</sup> AVERY JONES 2006: p. 250.



Llama la atención que si bien la doctrina ha distinguido entre el concepto de *renta* que sería amplio y comprensivo, y el *rendimiento*, que es un término propio para determinar categorías o elementos de renta<sup>1155</sup>, los CDI hacen un uso impreciso, si se compara con la evolución que el término ha tenido en la legislación española género que incluye la renta ordinaria llamada “rendimiento” y extraordinaria llamada “ganancias patrimoniales”. El Modelo parece usar ambas palabras como sinónimos, quizá que considera como renta un por razones de estilo y, en todo caso, entendemos que por el reconocimiento de que su definición no puede ser dada sin alejarse de la concepción interna de los impuestos comprendidos dentro del ámbito objetivo del Tratado (art. 2 MCOCDE). De lo anterior se colige la imposibilidad de simplificar el problema de la distinción entre el artículo 10 y el 13 del MCOCDE indicando que el primero sólo comprende los “rendimientos” de las participaciones sociales, y no a las demás “rentas” –incluyendo dentro de éstas a las ganancias de capital- de las mismas.

El derecho comparado demuestra como la distinción entre renta y ganancias de capital es más compleja que la simplificación hecha atrás sobre las concepciones teóricas. Estas últimas son acogidas por parte de los Estados con diversos matices, con lo cual, las afirmaciones generales hechas aquí deben ser entendidas a efectos didácticos. Para resolver casos concretos existen diversos factores por analizar que exceden el propósito de este apartado<sup>1156</sup>. De hecho, los estudios doctrinales han concluido que si bien en casi todas las jurisdicciones es relevante distinguir entre renta ordinaria y ganancias de capital, lo cierto es que no hay reglas lógicas y sistemáticas para trazar la línea, de manera que habrá que analizar en cada supuesto y en cada legislación, la calificación que procede<sup>1157</sup>. Con esas observaciones, es posible afirmar que algunos países suelen sujetar a las ganancias de capital (sean ordinarias o extraordinarias) a un impuesto independiente o, aunque lo graven como parte de la renta global, le asignan una base imponible menor y/o un tipo menor. Otros, por el contrario, consideran a las ganancias como beneficios empresariales cuando la determinación del IS se hace por referencia al resultado contable, mientras que otras

---

<sup>1155</sup> VON SCHANZ 1970: p. 157 y ss. Nota 13 citando a WAGNER.

<sup>1156</sup> vid. SIMONTACCHI 2007: p. 121 y ss.

<sup>1157</sup> NEEMAN 1976: p. 18 y ss.; OECD 1988: p. 121; párr. 1-4 art. 13 CMOCDE; SIMONTACCHI 2007: p. 121 y ss.

jurisdicciones no gravan las ganancias de capital de las personas físicas<sup>1158</sup>. Así se reconoce en los CMOCDE al indicar que algunos países consideran las ganancias como parte de la renta, mientras que en otros no ocurre lo mismo, pues las ganancias tendrían como origen la enajenación de la fuente de renta y, por ello, son objeto de un impuesto diferenciado<sup>1159</sup>. Por lo general, en ambos casos las ganancias suelen ser gravadas de forma más favorable a la renta ordinaria<sup>1160</sup> y en ocasiones están exentas<sup>1161</sup>.

Pues bien, bajo lo expuesto es evidente que la definición de ganancias de capital es relevante en el Derecho interno en todos los casos en que la legislación incorpora un tratamiento fiscal analítico para las mismas, lo que podrá ir desde la configuración de un impuesto independiente, hasta las meras diferencias en el tipo. Por el contrario, no será necesaria la definición cuando las ganancias de capital sean definidas y gravadas como renta ordinaria<sup>1162</sup>. Cuando es relevante definir ganancias surge la dificultad para el Derecho interno de distinguir entre las rentas y las ganancias para aplicar el régimen fiscal correspondiente<sup>1163</sup>. Ese mismo problema se traslada a los CDI, donde las palabras “renta/rendimiento” y “ganancia” pueden ser definidas por remisión al derecho interno a través del artículo 3.2 MCOCDE. Así, teniendo en cuenta que los Tratados contienen una norma para la “renta/rendimiento” de las “participaciones sociales”, y otra para las “ganancias” de las participaciones sociales, distinguir entre una y otra categoría es un asunto relevante<sup>1164</sup>.

El problema de la distinción entre dividendos y ganancias de capital no sería tan importante si el principio de simetría se guardara en el Modelo<sup>1165</sup>. Bajo el MCOCDE dichas ganancias se pueden gravar según el apartado 5 del artículo 13, es decir, como son “cualquier otro

---

<sup>1158</sup> AVERY JONES et al 2006: p. 249.

<sup>1159</sup> vid. párr. 2, art. 13 CMOCDE

<sup>1160</sup> Nos referimos no sólo a las diferencias en el tipo impositivo y base imponible, sino también a las diferencias temporales, puesto que las ganancias en ciertos países se gravan sólo al momento de “realización”. párr. 6 art. 13 MCOCDE.

<sup>1161</sup> vid. párr. 1, art. 13 CMOCDE

<sup>1162</sup> SIMONTACCHI 2007: p. 122.

<sup>1163</sup> AULT & ARNOLD 2010: p. 237 y ss.

<sup>1164</sup> Sobre el particular vid. VAN WEEGUEL 1998: p. 141-142; MAISTO & MALHERBE 2013: sec. 1 y ss.

<sup>1165</sup> párr. 4 art. 13 MCOCDE. Sobre el desarrollo y estado actual de dicha simetría ver PIJL 2013: p. 3 y ss. Este autor critica la incorporación, en el año 2003, del apartado 4 al art. 13 MCOCDE

bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4...”, el Convenio indica que “...pueden someterse a imposición sólo en el Estado contratante en que resida quien enajena”<sup>1166</sup>. Por el contrario, los dividendos se pueden gravar limitadamente en la fuente. Ahora bien, cuando se acogen las cláusulas que otorgan el poder de gravar las ganancias de capital por la enajenación de acciones al Estado de residencia de la entidad distribuidora, como ocurre en el art. 13.5 del MCONU, la asimetría se atenúa hasta cierto grado<sup>1167</sup>. Sólo cuando hay participaciones sustanciales en el porcentaje pactado, se trate de sociedades

---

<sup>1166</sup> Así el párr. 29 art. 13 MCOCDE indica que el “artículo no contiene reglas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distinta de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos. Tales ganancias sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del cedente.”

<sup>1167</sup> El art. 13.5 del MCONU es un buen ejemplo de esas cláusulas, pues señala: “Gains from the alienation of **shares** other than those mentioned in paragraph 4 representing a participation of \_\_\_ per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) in a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that State.” Se destaca de ésta norma que el Estado de la fuente (de la residencia de la entidad distribuidora) podría gravar ilimitadamente, mientras que el art. 10 de dicho Modelo prevé una tributación limitada. El CDI España-Arabia Saudí 2008 excluye de esta regla a las coticen en mercados de valores en alguno de los Estados contratantes. España-Estados Unidos 2013 añade la exigencia de que “el receptor de la ganancia de capital detentó durante el período de los doce meses precedentes a la enajenación una participación, directa o indirecta, de, al menos, el 25 por 100 del capital de dicha sociedad o persona jurídica.” Además aclara que tales “ganancias de capital se considerarán obtenidas en ese otro Estado en la medida necesaria para evitar la doble imposición.” España-Corea 1994; España-Portugal 1995; España-Egipto 2006; Colombia-Chile 2010; Colombia-México 2013; Colombia-Canadá 2012; España-Francia 1997, con la particularidad siguiente: “Sin embargo, cuando las ganancias que se deriven de la enajenación por un residente de un Estado contratante, de acciones, participaciones u otros derechos que constituyan una participación sustancial en una sociedad que es un residente del otro Estado contratante sean objeto de un diferimiento impositivo en el primer Estado conforme a su legislación, en el marco de un régimen fiscal específico para sociedades de un mismo grupo o de una fusión, escisión, aportación de activos, o de un canje de acciones, estas ganancias sólo pueden someterse a imposición en este primer Estado.” España-México 1994 en su Protocolo aclara: “8. a) En relación con el párrafo 3 del artículo 13, las ganancias en la enajenación de acciones de sociedades residentes en México se determinan sin incluir las aportaciones de capital efectuadas en el período de tenencia de las acciones y las utilidades generadas en ese mismo período por las que ya haya pagado el impuesto sobre la renta la sociedad emisora. b) El impuesto exigible con arreglo al párrafo 3 del artículo 13, en el Estado de residencia de la sociedad cuyas acciones se enajenan, no puede exceder del 25 por 100 de la ganancia imponible. c) Cuando con motivo de una reorganización de sociedades que sean propiedad de un mismo grupo de accionistas, un residente de un Estado Contratante enajene bienes con motivo de una fusión o escisión de sociedades, o de un canje de acciones, se diferirá el reconocimiento de la ganancia derivada de la enajenación de dichos bienes para los efectos de los impuestos sobre la renta en el otro Estado Contratante, hasta el momento que se efectúe una enajenación posterior que no cumpla con los requisitos que establece este párrafo para el diferimiento de la ganancia.” El Convenio entre Colombia y Chile de 2010 a pesar de contener una regla de este tipo, aclara que si la ganancia es obtenida por un fondo de pensiones sólo serán gravadas en el Estado de residencia del mismo. El CDI entre España y Estonia indica que “mientras sigan aplicándose las disposiciones contenidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta estonia (Tulumaksuseadus RT I 1999, 101, 903; 2000, 102, 667) relativas al tratamiento fiscal de las ganancias de capital derivadas de la transmisión de acciones, o de la liquidación de una sociedad residente en Estonia, o de la separación de un socio de dicha sociedad, se entenderá que dicha sociedad no ha sido sometida a imposición en virtud de la Ley del Impuesto sobre la Renta estonia.” Ello supone que no se aplicarán los beneficios de Tratado por tales ganancias.

cuyo capital se representa por acciones<sup>1168</sup> y el Estado de la fuente (con los límites del CDI) grave con una misma tarifa a las ganancias y las rentas de participaciones sociales, habría simetría. Estos tres requisitos ya dan cuenta de que la asimetría se mantiene incluso en el MCONU para muchos supuestos. Y esas diferencias de tratamiento que aparecen tanto en el MCOCDE como en el MCONU, parecen tener poco sentido frente a la perspectiva económica de la renta y valoración de las acciones, ya que las utilidades no distribuidas se reflejan en la valoración de las participaciones sociales, de manera que la enajenación o amortización (*redemption*) de tales activos, así como la liquidación de la entidad, económicamente pueden ser sucedáneos de la distribución de dividendos<sup>1169</sup> o, en algunos casos, constituir la realización de los beneficios acumulados<sup>1170</sup>.

Pues bien, en los Comentarios al art. 13 MCOCDE se afirma que este precepto aplica a cualquier impuesto comprendido dentro el artículo 2, que recaiga sobre las ganancias de capital<sup>1171</sup> y sin que el convenio prejuzgue si el impuesto recae sobre tales ganancias o sobre la renta ordinaria. En ese sentido, el artículo de ganancias de capital se aplica sin importar el tratamiento interno, siempre que se trate de una enajenación. Los CMOCDE dan a entender que, en atención a la simetría pretendida, no es relevante la distinción entre renta o beneficios y ganancias de capital, pues la residencia o la fuente, dependiendo del activo, gravará en cualquier caso<sup>1172</sup>. Según las mismas explicaciones, la definición de ganancias de capital no aparece en el CDI y depende del derecho interno, aunque comprende “las ganancias de capital resultantes de la venta o permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, **de las aportaciones a sociedades**, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión mortis causa.” (Negrilla fuera de texto)<sup>1173</sup> Los Comentarios también reconocen que las ganancias de capital en algunos

---

<sup>1168</sup> Nótese que puede haber diferencias entonces con las participaciones en entidades distribuidoras de dividendos definidas de conformidad con el artículo 10.3 y 3.1, y las participaciones tratadas en el artículo 13, ya que este último suele incluirse sólo a las “acciones”.

<sup>1169</sup> POLITO 2012: p. 3-4. En esa línea SIMONTACCHI 2007: p. 136 destaca que los dividendos pueden recharacterizados como ganancias de capital cuando resulta más favorable fiscalmente, a través de la recompra de participaciones por parte de la sociedad seguida de una amortización de las mismas, aplicada de forma proporcional a los socios o accionistas.

<sup>1170</sup> HELMINEN 2010: p. 231.

<sup>1171</sup> vid. párr. 3, art. 13 MCOCDE

<sup>1172</sup> vid. párr. 4, art. 13 MCOCDE

<sup>1173</sup> vid. párr. 3, art. 13 MCOCDE. No deja de parecer paradójico que los comentarios mantengan la idea que la remisión es amplia y luego den una definición restrictiva.

estados pueden surgir no sólo por la enajenación, sino también por que las legislaciones internas pueden gravar las plusvalías no realizadas; en tales casos, se arguye también que dada la simetría no habría mayores problemas<sup>1174</sup>, salvo que la base imponible sea diferente<sup>1175</sup>.

Evidentemente, hasta este punto el Modelo no ve el problema existente con el artículo de dividendos donde hay una asimetría real, ya que las ganancias por la “enajenación” de las participaciones sociales da lugar a una tributación exclusiva en la residencia por aplicación del artículo 13.5 MCOCDE, mientras que la renta “de” las mismas se grava en la fuente de forma limitada según el artículo 10 MCOCDE. Sin embargo, los CMOCDE dan algunas luces de los límites entre ambos artículos. En primer lugar, el Comentario 28 al artículo 10 MCOCDE indica que las distribuciones de beneficios implícitas (acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación y distribuciones encubiertas), es decir, aquellas que mercantilmente no son consideradas dividendos, pero económicamente generan un efecto similar, serán consideradas dividendos siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que las prestaciones procedan de beneficios del ejercicio o de ejercicios anteriores acumulados;
- b) que el Estado de residencia de la entidad distribuidora grave dichos beneficios como dividendos.

Pues bien, las dos condiciones que se describen en los Comentarios al artículo 10 se repiten en el párr. 31 de los CMOCDE al artículo 13.5, que dice:

“Si un accionista vende sus acciones a la sociedad emisora en el momento de la liquidación de esta o de la reducción de su capital social, la diferencia entre el precio de venta y el valor nominal de las acciones puede ser tratada, en el Estado de residencia de la sociedad, como distribución de beneficios acumulados, y no como ganancias de capital. El artículo no se opone a que el Estado de residencia de la sociedad grave tales distribuciones a las tasas previstas en el artículo 10; tal imposición es admisible ya que dicha diferencia está comprendida en la definición del término “dividendos” contenida en el apartado 3 del artículo 10, tal y como se interpreta en el párrafo 28 de los Comentarios que se refieren a ella.”

---

<sup>1174</sup> vid. párr. 7-9 art. 13 MCOCDE

<sup>1175</sup> vid. párr. 13 y ss. art. 13 MCOCDE

De esta forma, el Comentario reconoce una prevalencia del artículo 10 sobre el 13 del MCOCDE, en el sentido de que si una ganancia es gravada como dividendos por el Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos, el artículo 13 no es aplicable. En términos generales esto es comprensible, puesto que se trata de beneficios no distribuidos cuya realización a través de la enajenación puede ser sucedánea a los dividendos, de ahí que si el Estado de la residencia de la entidad distribuidora con el objeto de evitar supuestos de elusión decide gravar esas rentas como dividendos según su derecho interno, el CDI debe mantener esa calificación.

Una tercera condición mencionada por los Comentarios, y que se liga a la primera, es que “normalmente” las distribuciones hechas por la sociedad no deben reducir la importancia de los derechos de los socios, “por ejemplo, no serían dividendos los pagos que constituyen un reembolso del capital, cualquiera que sea la forma que adopten.”<sup>1176</sup> Sin embargo, la redacción del Comentario utiliza la palabra “normalmente”, que tal como lo refiere HELMINEN, no ofrece la claridad deseada puesto que significaría que ello puede ser así, pero en ocasiones no. De esta forma, se podría sostener que la devolución del capital a los socios tendrá la calificación de dividendo si el Estado de la fuente así lo considera. Para la citada autora la devolución del capital no es renta de las acciones porque la misma no es hecha en razón a la posición de accionista del receptor, sino por dejar su condición<sup>1177</sup>. En todo caso, la devolución del capital comprende el valor del capital suscrito y pagado, más no el monto que los exceda, pues ese remanente podría ser definido como dividendos por un Estado, pues se trata de beneficios acumulados o reservas ocultas. De tal forma, las devoluciones del capital no son consideradas generalmente como renta o ganancia por los Estados, pues no son ingresos susceptibles de enriquecer, y eso es lo que atizan los Comentarios, no en la condición de accionista que defiende la autora.

A pesar de lo dicho por los Comentarios, bajo la simple redacción del Modelo y de aquellos convenios cuya remisión se redacta indicando que los rendimientos deben ser “de” “otros derechos” o “de” “otras participaciones”, la duda que permanece es si la renta debe

---

<sup>1176</sup> párr. 28 art. 10 CMOCDE

<sup>1177</sup> HELMINEN 2010: p. 232.

provenir de las participaciones sociales como un “fruto”, y no de la enajenación del “árbol”, problema además relevante para las simples ventas de participaciones exceden el alcance de las explicaciones de la OCDE. Para VOGEL “las ganancias de la enajenación de las participaciones sociales, incluso cuando la sociedad haya acumulado beneficios que el accionista causa a través de esa enajenación se encuadra dentro del art. 13, en vez del art. 10”<sup>1178</sup>. Además, ni la devolución del capital suscrito causada por la reducción del capital social, ni las ganancias por la enajenación de cupones de dividendos sin la enajenación de la acción, son consideradas por ese autor como dividendos a efectos del CDI. Fundamentalmente, el doctrinante alemán se basa en que la renta no es “de” una participación social en el sentido de ser pagada por la condición de accionista, sino por dejar de tener esa condición<sup>1179</sup>. Obviamente la interpretación de VOGEL se enmarca en la redacción del MCOCDE, y el problema no se presenta en aquellos CDI que, como los que obedecen al MCEUA, contienen una remisión amplísima y comprenden todo lo que esté sujeto al mismo tratamiento fiscal que las rentas de las acciones.

En una nueva oportunidad el problema de la calificación deriva del término “participaciones sociales” utilizado en la remisión al derecho interno de la definición del art. 10.3 del MCOCDE, ya que llevaría a que algunos entiendan que los rendimientos de los activos se gravan como dividendos, pero no el ingreso de la venta del activo mismo. Por ello, el MCEUA es mucho más adecuado para evitar los conflictos y dar seguridad jurídica, pues tal y como reconocen las explicaciones técnicas, la remisión amplísima al derecho interno incluye los montos tratados como dividendos bajo el derecho estadounidense por la venta o amortización de acciones o por la transferencia de acciones en una reorganización<sup>1180</sup>, sin excluir a la parte del capital aportado<sup>1181</sup>. En cualquier caso, el MCEUA evita señalar que deben ser “rentas de” para evitar la discusión que podría plantearse si se interpretan estas dos palabras de forma restrictiva<sup>1182</sup>.

---

<sup>1178</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 9a.

<sup>1179</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 9a y 202.

<sup>1180</sup> “(...) In the case of the United States the term dividend includes amounts treated as a dividend under U.S. law upon the sale or redemption of shares or upon a transfer of shares in a reorganization (...)” Comentarios al art. 10.5 de las *Technical Explanation*, MCEUA 2006: párr. 166.

<sup>1181</sup> HELMINEN 2010: p. 232.

<sup>1182</sup> Eliminación que es seguida también por la práctica convencional japonesa y australiana. vid. HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.5.6.

Con todo lo dicho, es dable concluir que el término “renta/rendimiento” utilizado en el artículo 10 MCOCDE no excluye los ingresos obtenidos por la enajenación de la participación. Por ello, el Estado de la fuente puede otorgar un tratamiento neutral a los dividendos de las distribuciones implícitas de beneficios. Sin embargo, la relación de accionista como causa de los dividendos para algunos autores sí supone una restricción, ella derivaría de la preposición “de” y del propio concepto de “participaciones sociales”, pero no de la palabra “renta/rendimiento”, que como se ha dicho es suficientemente amplia. Sin embargo, en realidad la palabra “de” no debería tener un significado tan restrictivo para incluir solo los rendimientos y excluir las ganancias, así que el problema es la expresión participaciones sociales<sup>1183</sup>.

### **3.2.2. ES NECESARIO CALIFICAR LA PALABRA “RENTA/RENDIMIENTOS” CON LA *LEX FORI***

Para VOGEL<sup>1184</sup>, la exigencia de ser “rentas/rendimientos”<sup>1185</sup> prevista en la definición de dividendos no admite, en su interpretación literal, la posibilidad de comprender a los dividendos implícitos o los derivados de la liquidación u otros tipos distintos a las distribuciones ordinarias de beneficios. Por ello, sugiere el empleo de las palabras ingresos o recibos (*receipts*). Sin embargo, entiende que la interpretación sistemática del apartado tercero del art. 10 permite inferir que la legislación del Estado de la fuente puede determinar el significado de los términos no definidos por el CDI. Así, conforme al párr. 28 del MCOCDE, podría incluir “otros beneficios valorables en dinero, tales como acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación y distribuciones encubiertas de beneficios...” siempre que dicho Estado así los grave. Ello lleva a que el citado autor afirme que los términos “rentas” o “rendimientos” utilizados en la parte autónoma (i.e. la primera y segunda parte) y la remisión (i.e. la tercera parte) del art. 10.3 MCOCDE deban ser determinados por exclusiva referencia a la legislación del Estado de la fuente<sup>1186</sup>. A la

---

<sup>1183</sup> En la misma el *International Tax Group* considera que considerar a las ganancias de la liquidación como dividendos según el art. 10.3 sería no darle contenido a la palabra “de”, aunque reconocen que sería una lectura muy restrictiva para aplicar en un Tratado. AVERY JONES et al 2009: p. 28.

<sup>1184</sup> VOGEL 1997: párr. 186 art. 10.

<sup>1185</sup> Según la traducción que se adopte.

<sup>1186</sup> VOGEL 1997: párr. 186, art. 10.



misma conclusión llega HELMINEN, quien indica que si bien sería claro que la palabra “renta” utilizada en la tercera parte de la definición debería ser calificada conforme a la legislación del Estado de la fuente de los dividendos, respecto del uso que el mismo vocablo tiene en las partes autónomas de la definición es posible aplicar el artículo 3.2 MCOCDE, de forma que se entienda que el contexto requiere una calificación conforme al Estado de la fuente<sup>1187</sup>.

Sin embargo, lo sostenido por VOGEL y HELMINEN con uno u otro fundamento, debe ser matizado, pues de un lado la definición también es aplicada por el Estado de la residencia cuando considera gravable, para uno de sus residentes, un elemento de renta derivado de una participación social. Es el caso de las normas de transparencia fiscal internacional, las cuales suponen que ciertas rentas que a efectos convencionales derivan de una participación social, sean gravables en el Estado de residencia de los socios, a pesar de que en la fuente no haya habido “renta”. Si se partiera de la posición de VOGEL en torno al concepto de “renta” no habría forma de admitir la tesis según la cual las normas de CFC son dividendos, lo que podría dar lugar a doble imposición. Aunque HELMINEN salve esta contradicción indicando que en el caso de las normas de transparencia fiscal el Estado de residencia de la controlante es quien aplica el Tratado, esto es parcialmente cierto, pues en el año de la distribución serán los dos estados los que ya hayan aplicado el CDI. Por ello, los términos “rentas/rendimientos” son la forma como se ejercita el poder tributario, y vincular siempre al Estado de la residencia al concepto otorgado por la fuente sólo podría dar lugar a resultados ilógicos. Más aún, el artículo 2 del Modelo incorpora una definición del ámbito objetivo de aplicación del Convenio que permite afirmar que, cuando se habla de “renta/rendimiento” en los artículos distributivos se hace referencia a la concepción dada por los derechos internos de los Estados contratantes en los impuestos comprendidos.

WATTEL & MARRES<sup>1188</sup> argumentan que la palabra “pagados” utilizada en el artículo 10.1 y 10.2 MCOCDE no admite a las *rentas ficticias*, en la medida en que su establecimiento en el derecho interno supone una vulneración al principio de buena fe que

---

<sup>1187</sup> HELMINEN 2010: p. 146.

<sup>1188</sup> WATTEL & MARRES 2003: p. 69 y ss.

restringiría la remisión del art. 3.2. MCOCDE respecto de los términos no definidos. Lo anterior salvo que: i) el derecho interno contenga la ficción antes de la negociación de los CDI, así el otro Estado contratante pudo haberlo tenido en cuenta para valorar sus intereses; ii) ambos estados contengan la misma ficción y por lo tanto se pueda afirmar que la remisión se aplica de forma recíproca; o, iii) exista un acuerdo amistoso publicado que cumpla con los requerimientos constitucionales y de Derecho internacional público que permita verlo como un medio suplementario del Tratado. Sin embargo, la existencia de *treaty dodging* es de compleja prueba, y sus efectos en Derecho internacional son en la práctica inocuos. Por ello, en la práctica se admiten varias rentas ficticias y lo procedente es determinar su calificación dentro de las reglas del CDI a efectos de fijar las reglas de reparto aplicables y eliminar la doble imposición. Además, el artículo 3.2 permite la remisión al derecho interno también para comprender las rentas ficticias siempre que se enmarquen en el contexto y literalidad de las reglas distributivas<sup>1189</sup>.

Así por ejemplo, es interesante analizar una norma *market-to-market* que considera como renta ficticia asimilada a los réditos de las acciones de una filial un monto calculado sobre un porcentaje del valor de las acciones. Así, aún cuando no hay distribución de beneficios, económicamente pueda darse un aumento del valor las acciones que la legislación tributaria busca gravar a través de la técnica de considerar como una suerte de dividendos a una parte del valor de las participaciones sociales. De tal forma, a efectos del impuesto de los accionistas neerlandeses en entidades no residentes controladas habrá un dividendo ficticio, a pesar de que en el otro Estado contratante no haya “rentas” “pagadas”. Bajo la lógica de WATTEL & MARRES al analizar una norma neerlandesa de *market to market*, la renta ficticia se calificaría como “otras rentas”, y que según el artículo 21 MCOCDE se sujetan de forma exclusiva en la residencia<sup>1190</sup>.

---

<sup>1189</sup> DE PIETRO 2014: p. 216.

<sup>1190</sup> WATTEL & MARRES 2003: p. 75. Una norma similar en el caso español es el art. 95.1 LIRPF que entiende percibidos los dividendos de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales, en un monto estimado que resulta de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor liquidativo de la participación al cierre del periodo impositivo, haya o no distribución efectiva, y se presume de hecho que representará el 15% del valor de adquisición. Esta será una renta ficta que seguramente en la legislación del Estado de la fuente grava como las rentas de las acciones, lo cual obligaría a España a calificar el rendimiento dentro del artículo de dividendos del Tratado y, en consecuencia, a garantizarle el régimen fiscal convencional para esas rentas, a pesar de que España no considere que existe renta para el perceptor con el hecho de la distribución. Sin embargo, este problema en España es meramente teórico y de nula relevancia práctica,

Aunque, dicha afirmación puede encajar perfectamente dentro del Derecho de ese país y, según se entiende, la doble imposición se atenúa a través del método de un crédito fiscal indirecto ficticio<sup>1191</sup>, a efectos de exponer nuestro argumento, podría suponerse que cuando exista la distribución efectiva de dividendos y la acción pierda valor se produce una doble imposición contraria al CDI. Ello llevaría entonces a la pregunta de si el impuesto pagado en la fuente por los dividendos, y por la sociedad, suponiendo que se pacta el crédito indirecto, puede ser acreditado en su totalidad -y no la parte ficta- en el Estado de la residencia para afectar a periodos impositivos anteriores<sup>1192</sup>. Es más, si los dividendos son fictamente considerados renta en el Estado de la residencia en el año 1, y en el año 2 son realmente pagados y gravados en el Estado de la fuente de forma limitada, y posteriormente el otro Estado los considera parte de la renta global de sus residentes, habría una triple imposición. Ahora, bajo el derecho neerlandés la imposición de los dividendos ficticios da derecho a un crédito igualmente ficticio, pero podría ocurrir que según el Convenio deban ser declarados exentos, pues son rentas de las acciones y demás participaciones contenidas en el artículo de dividendos del Tratado. Si se acepta que las rentas fictas son “otras rentas” que según el art. 21 MCOCDE se gravan de forma exclusiva en la residencia, nada impediría volver lo real ficto siempre que convenga, y por esa vía desconocer las obligaciones convencionales. De hecho el *Hoge Raad* ha entendido que el régimen de *Box 3 System* según el cual los accionistas de portafolio bajo ciertas condiciones obtienen dividendos ficticios, independientemente de la distribución real, se encuentra permitido por la norma equivalente al art. 10.1 del CDI lo que implica su calificación como dividendo<sup>1193</sup>.

---

puesto que si existe un CDI con cláusula de intercambio de información la jurisdicción no será considerada un paraíso fiscal.

<sup>1191</sup> BOER & BOULOGNE 2012: p. 827-830.

<sup>1192</sup> Esta es la misma discusión que se analiza en la entidad distribuidora de dividendos en torno a la exigencia impuesta por el artículo 23 MCOCDE de eliminar la doble imposición en periodos posteriores al del causación del ingreso.

<sup>1193</sup> vid. HARRIS 2014: aptdo.: 2.1.2.3.1. Una norma similar en el caso español es el art. 95 bis de la nueva LIRPF donde se prevé que aflore una ganancia patrimonial por el cambio de residencia de la persona física, que deriva de las participaciones en entidades que se hayan poseído por al menos 10 de los 15 periodos impositivos anteriores y se reúnan las demás condiciones. Como se observa en éste caso, España como jurisdicción de residencia considera ficta una ganancia patrimonial que se compone de beneficios acumulados en la entidad que seguramente serán tratados como rentas de las acciones según el Estado de la residencia de la entidad si hubiese una efectiva distribución, por lo que cabe concluir que a efectos convencionales ésta renta sería calificada dentro del art. 10 del MCOCDE en la parte que se consideraría dividendos en la fuente. Por consiguiente, España debe garantizar el régimen fiscal de los dividendos según sea previsto por el CDI

Por todo ello, resulta más acorde a las finalidades de los CDI entender que las palabras “rentas” y “pagados” contenidas en el artículo 10 MCOCDE siguen el criterio de calificación de la *lex fori*, es decir, la ley del Estado que aplica la norma. Aceptar de antemano esta posición evita hacer un sinnúmero de excepciones y matizaciones sobre la existencia de un significado autónomo de “renta/rendimientos” y la delimitación de quien y en qué casos aplica el Tratado<sup>1194</sup>. Además, la palabra “renta” prevista en el CDI tampoco restringe a la legislación interna de considerar como tal los pagos en especie<sup>1195</sup> o las distribuciones encubiertas de beneficios hechos por una entidad con *societatis causa* a un socio o accionista. Lo que habría que aclarar en todo caso, es que cuando el Estado de residencia de la entidad distribuidora considere que hay “renta” derivada de una participación mencionada en el art. 10.3, el Estado de la residencia no podría alegar su derecho interno, ni la existencia de un concepto autónomo de “ganancias” en el art. 13 MCOCDE para no aplicar el régimen de los dividendos previsto en el Tratado. Cabe advertir que gracias a las dificultades que supone la palabra “renta”, y aunque puedan ser sorteadas por vía hermenéutica, en la práctica es reemplazada en los CDI por otros vocablos más amplios como “ingresos”<sup>1196</sup>, “elementos”<sup>1197</sup> o “ítems”, “montos”<sup>1198</sup> y similares.

Relacionado con el término “renta” la frase “pagados... a” ha sido discutida en términos semejantes, puesto que si bien tiene un significado muy amplio, los Comentarios sugieren que se interpreten de acuerdo a la naturaleza jurídico-mercantil, según la cual, consiste en el hecho de “ejecutar la obligación de poner los fondos a disposición del accionista en la

---

aplicable y sin perjuicio de que por otras razones el *exit tax* resulte contrario a los CDI. La calificación de los rendimientos que surgen en virtud de una norma de *exit tax* son calificadas generalmente como ganancias de capital, en el caso de participaciones en sociedades, bajo el párrafo 5 del art. 13, e incluso hay quienes consideran que son “otras rentas” del art. 21 o que simplemente el CDI no permite esta imposición por darse un fraude del tratado por parte del Estado que aplicaba el impuesto de salida. ZORNOZA 2013: p. 19 y ss.; RIVES RIVES 2014: p. 258 y ss.

<sup>1194</sup> Como ocurre con: HELMINEN 2010: p. 137, 145 y 146.

<sup>1195</sup> VOGEL 1997: párr. 202, art. 10. Ello se presenta por ejemplo cuando se ofrecen como distribución de beneficios el pago con bienes y servicios a cargo de la entidad distribuidora, como lo sería el “derecho a usar un apartamento de vacaciones”

<sup>1196</sup> VOGEL 1997: párr. 186 art. 10.

<sup>1197</sup> CDI España-Reino Unido 2014.

<sup>1198</sup> HATTINGH 2009: p. 518.

forma prevista por el contrato o los usos.”<sup>1199</sup> No obstante, si uno de los estados contratantes adopta un concepto de renta que va más allá del referido significado jurídico-privado de “pagados a”, no tendría sentido restringir la aplicación del Tratado, ya que es bien sabido que se trató de palabras que no tuvieron una mayor discusión ni análisis en los trabajos de la OCDE. De hecho, el MCOE 2014 ha decidido eliminar su referencia, al menos respecto de las obligaciones que recaen en el Estado de la fuente, modificando el art. 10.2 para salvar dudas interpretativas, pues ya era posible justificar que “pagados a” y “pagados por” tienen una definición muy amplia, o que debían ser calificados con base en la legislación del Estado que aplica el Tratado. En la versión anterior, la frase “dichos dividendos” utilizada en el inciso primero a efectos de ratificar la potestad del Estado de residencia, traía al segundo (concerniente a los límites del Estado de la fuente) la exigencia de bilateralidad (pagados a un residente del Estado de residencia y pagados por un residente del Estado de la fuente). El Modelo más reciente decide eliminar tal requisito, de forma que los dividendos sólo deben ser “pagados por” la entidad distribuidora al beneficiario efectivo de la renta cuando se pretende limitar la imposición en el Estado F.

### **3.3. LA TRANSFERENCIA ECONÓMICA DE BENEFICIOS**

Existen varias formas de transferir económicamente los beneficios de la entidad a los socios sin generar dividendos desde un punto de vista mercantil estricto. Piénsese en todos los beneficios que puede recibir un socio por su condición, como las primas de asistencia a juntas, servicios de la sociedad, descuentos, la compra de los derechos de suscripción por parte de la propia entidad o la compra de las acciones propias. Muchos de estos supuestos son incluidos por las legislaciones fiscales internas dentro de las rentas que reciben el régimen fiscal de las acciones y plantean la cuestión de su calificación como dividendos a efectos de los CDI. A continuación se estudian las dos formas de transferencia de beneficios de la entidad distribuidora que plantean más dificultades.

#### **3.3.1. PAGOS A EMPRESAS ASOCIADAS: AJUSTE SECUNDARIO Y DIVIDENDOS IMPLÍCITOS**

---

<sup>1199</sup> párr. 7, art. 10.3 de los MCOE

La relación entre el concepto de dividendo y las normas de valoración, en especial, pero no exclusivamente, las de precios de transferencia entre empresas asociadas, es indudable, puesto que ambas instituciones buscan ratificar la independencia económica de una entidad respecto de sus socios, partícipes o accionistas. Por ello, no es coincidencia que el art. 9 del MCOCDE encuentre su origen en el art. IV del CDI entre Francia y Estados Unidos de 1932, que buscaba solucionar la práctica francesa de la época, consistente en gravar los dividendos distribuidos por las sociedades estadounidenses que tuviesen filiales francesas cuando existía evasión de los impuestos galos. Según lo documenta CARROLL, en la negociación del Tratado entre los citados países, el representante francés explicó que ello podía ocurrir toda vez que la matriz estadounidense vendiera productos a su filial francesa a un precio muy alto que no permitiera que ésta última entidad obtuviese beneficios sobre la reventa en Francia. Para evitar el gravamen de los dividendos de las empresas no residentes en Francia, práctica que el país norteamericano consideraba como un supuesto de extraterritorialidad inadmisibles, se propone permitir a Francia realizar ajustes a la base imponible de la empresa francesa<sup>1200</sup>.

Pues bien, las relaciones entre una entidad y sus empresas asociadas son del más variado carácter, en especial porque su organización permite establecer economías de escala y especializaciones, que al final conllevan a un entramado contractual de diversas tipologías. Se crean así relaciones de carácter financiero o comercial de cualquier tipo. Antes de dejar de lado las de carácter financiero que ya se mencionaron en el apartado segundo de éste Capítulo, es importante destacar que la financiación de empresas que tienen la condición de asociadas o vinculadas es diferente a la que realizarían partes independientes. Económicamente lo más racional será brindar la financiación de la forma más eficiente posible, lo que puede suponer un nivel de endeudamiento excesivo, en especial, porque los derechos de voto y la limitación de la responsabilidad son factores que pierden relevancia en operaciones vinculadas. De hecho, en algunos países la matriz es responsable por las

---

<sup>1200</sup> CARROLL 1978: p. 38. Cfr. BULLEN 2011: p. 90-91. El art. IV del CDI entre Francia y Estados Unidos indica: “When an American enterprise, by reason of its participation in the management or capital of a French enterprise, makes or imposes on the latter, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would be made with a third enterprise, any profits which should normally have appeared in the balance sheet of the French enterprise, but which have been, in this manner diverted to the American enterprise, are.... incorporated in the taxable profits of the French enterprise.” Nótese que se habla de “empresas” de uno u otro país y no de “sociedades residentes”.

deudas de sus filiales y el pago de las acreencias de esta última con la primera se ve sometido a una subordinación respecto de otros créditos en caso de concurso o insolvencia. En esas circunstancias, el riesgo que envuelve cada categoría de financiación resulta neutralizado. Además, los derechos políticos que se esperarían de una participación en el capital y, de los cuales carecería el endeudamiento, resultan irrelevantes, pues se supone que las empresas están asociadas y existe un cierto nivel de “control” común.

En relación con las operaciones comerciales, tales como las transferencias de bienes tangibles o intangibles, o la prestación de servicios, es sabido que generan pagos en virtud de contratos creados para el desarrollo de la actividad económica de la empresa que no tienen *societatis causa*, a pesar de que se celebren con empresas asociadas. Sin embargo, si sus condiciones se alejan de lo que habrían pactado partes independientes, la causa social podría ser determinada de manera que el exceso del precio de mercado se considere una distribución de utilidades. En palabras de la profesora Victoria COMBARROS en su libro que constituye ya un clásico en la materia:

“Jurídicamente cada sociedad es independiente de las demás, titular de su propio patrimonio y de sus beneficios. Esta independencia de las esferas patrimoniales de cada una de las sociedades tiene como resultado que los beneficios que una de ellas transfiera a las restantes pasen a tener la consideración de reparto de beneficios que, por un lado, habrán tributado en la sociedad generadora de los mismos y, por otro deberán tributar en la sociedad perceptora, sin perjuicio de las reglas sobre la doble imposición de dividendos. Ahora bien, esta doble imposición podría evitarse mediante la traslación de beneficios, no a través de un reparto de dividendos conforme al Derecho societario, sino por la vía de intercambio en los que no existe una equivalencia entre prestación y contraprestación.”<sup>1201</sup> [De tal forma, para los partidarios de la Teoría de la realidad,] “el supuesto de hecho del reparto oculto no viene constituido por la existencia de un contrato de cambio, sino por un negocio mixto, en el que, en efecto, una parte de la prestación responde a un negocio obligacional (contrato de venta, por ejemplo), pero por otra parte tiene su causa en las relaciones de Derecho societario (*causa societatis*), porque la ventaja que el socio obtiene de la sociedad la obtiene precisamente en consideración a su cualidad de socio.”<sup>1202</sup>

---

<sup>1201</sup> COMBARROS VILLANUEVA 1988: p. 22.

<sup>1202</sup> COMBARROS VILLANUEVA 1988: p. 30; ESTEVE PARDO 1996: p. 31-37; BAGO ORIA 2010: p. 40-55; DAVIES 1997: p. 281-295.

El Comité de la OCDE encargado de revisar la definición de dividendos en 1973 parece haber partido de las mismas premisas al reconocer:

“13. Para que un pago encuadre en la definición de dividendos se requiere que sea hecho en relación con la propiedad en una sociedad. Tal propiedad existe cuando da a sus dueños los derechos de un miembro de la sociedad. En consecuencia, los pagos hechos en virtud de otras relaciones legales, y, en particular, los pagos debidos en virtud de otras relaciones legales, y, en especial, de préstamos o contratos de licencia, no son dividendos. Fuera de los casos referidos en los artículos 9, 11 parágrafo 6, y 12 parágrafo 4, los intereses, regalías y otros pagos, no pueden ser considerados como dividendos dentro del significado de la definición [convencional].”<sup>1203</sup>

Pues bien, las operaciones intra-grupo pueden generar un traslado de bases imponibles de una entidad a otra y, si se trata de operaciones internacionales habrá erosión de la base imponible del Estado de residencia de la entidad distribuidora (ERED) y el fortalecimiento de la base imponible de la jurisdicción de la entidad matriz (ERM). En la medida en que a través de los precios de transferencia una filial encubra distribuciones de beneficios a los socios, por ejemplo, vendiendo a un precio inferior al de mercado, o comprando a un precio superior al que habrían pactado partes independientes, es posible que el Estado de residencia de la entidad distribuidora considere que deben practicarse ajustes conforme al principio de plena competencia, puesto que el legislador seguramente ha considerado necesario determinar “la renta de la sociedad prescindiendo de las minoraciones que la misma experimente a consecuencia de las especiales relaciones de su titular con otras sociedades o sus socios”<sup>1204</sup>. En el primer ejemplo, aumentará los beneficios de la filial y, en el segundo, impedirá la deducibilidad del exceso. Estos son los denominados ajustes primarios, y se permiten expresamente en el art. 9.1 del MCOCDE<sup>1205</sup>.

Debido a que el ajuste en un Estado supondrá doble imposición mientras no se corrijan los beneficios de la otra empresa asociada, las legislaciones internas e incluso el art. 9.2 del

---

<sup>1203</sup> CFA/WP1(73)2

<sup>1204</sup> COMBARROS VILLANUEVA 1988: p. 25. La autora destaca el problema que supone la caracterización del ajuste primario, ya que el mismo ha sido considerado como una ficción, como una sanción unilateral, como una valoración jurídica de los hechos producidos en la realidad, como un presupuesto de hecho sustitutivo (i.e. una norma especial *anti-elusión*)

<sup>1205</sup> El CDI España-Bulgaria 1991 no contiene el art. 9 pero en su Protocolo indica que los Estados pueden aplicar sus normas de Previos de Transferencia y si surgiere alguna controversia deberán resolverla mediante el procedimiento amistoso.



MCOCDE, permiten los ajustes correlativos, que consisten en que el ERM realiza modificaciones a la base imponible de la matriz, que resultan simétricos con el ajuste primario hecho por el ERED a la filial<sup>1206</sup>. Sin embargo, el ajuste correlativo no es obligatorio según el citado apartado segundo del art. 9<sup>1207</sup>, por lo cual, la solución a las controversias podría encontrarse en el procedimiento amistoso previsto en el art. 25, al que, por cierto, se puede acceder para discutir dichos ajustes aún si no existe el citado apartado y que de todas formas no obliga a llegar a un acuerdo. En definitiva, parece el apartado segundo del art. 9 no tiene un mandato jurídico concreto, ergo su utilidad es, cuanto menos, cuestionable<sup>1208</sup>.

Ahora bien, dado que existe una diferencia contable entre el monto pagado o recibido por la matriz, según el caso, y lo aceptado como gasto o ingreso en la base imponible de la entidad distribuidora, puede ocurrir que la matriz acuerde realizar devoluciones o compensaciones voluntarias (*set offs*) o ajustes compensatorios (*compensating adjustments*) permitidos por la legislación interna<sup>1209</sup>. Aunque algunos estados consideran no sujetos a imposición los ajustes compensatorios, otros por el contrario no los regulan, de manera que en éste último caso habría que calificar y asignar un tratamiento tributario a la devolución del exceso. Ello puede plantear problemas, pues una jurisdicción podría no admitir la reducción de la base imponible de su residente, iniciando incluso una nueva cuestión de precios de transferencia. También podría ocurrir que el valor de un ajuste compensatorio hecho por la filial a la matriz consista en la mera devolución del exceso en un precio de transferencia, pero al representar un pago a los titulares de las participaciones

---

<sup>1206</sup> En algunos casos los CDI no adoptan el apartado segundo del artículo que contiene el ajuste correlativo. Por ejemplo, España-Brasil 1975; España-India 1995; España-Indonesia 2000; España-Italia 1980; España-Japón 1974; España-México 1994; España-Noruega 2001; España-Tailandia 1998; España-Túnez 1987. Algunos indican que el apartado segundo “no será aplicable en caso de fraude o incumplimiento intencionado”<sup>1206</sup>, de forma similar al apartado 3 del artículo 9 del MCONU. Los CDI que incluyen esta última regla exacerban el debate en torno a la consideración del principio de plena competencia (*arm's length*) como una regla meramente cuantificadora o una verdadera norma de calificación, lo que en términos prácticos significa que si el ajuste es meramente de valoración sin que se pruebe la artificiosidad, procederá el ajuste correlativo.

<sup>1207</sup> Eso queda perfectamente claro en el párr. 6 de los párr. al art. 10 MCOCDE al indicar que “sólo se practicará el ajuste si el Estado B considera que la cifra de beneficios rectificadas refleja correctamente la que se habría obtenido si las operaciones se hubiesen realizado en condiciones de total independencia.

<sup>1208</sup> Sobre los tipos de ajuste y sus definiciones: OECD 2010b: glossary, párr. 4.66 y ss.; PETERSON & HORNER 1996: p. 3-14.

<sup>1209</sup> OECD 2010b: p. 4.72; PETERSON & HORNER 1996: p. 3-14.

sociales, alguno de los Estados podría entender que son dividendos<sup>1210</sup>. Como resultado de una compensación voluntaria, las partes podrían reconocer que en realidad los excesos de activos derivados de un ajuste primario de precios de transferencia entre la sociedad y sus socios son dividendos. Siempre y cuando eso se permita por la legislación del Estado de la fuente, se deberá practicar la retención por los dividendos, y el otro Estado ha de respetar la calificación del Estado de la fuente, siempre que esté de acuerdo con los ajustes<sup>1211</sup>.

La reclasificación de la renta por parte de la Administración es otro tipo de ajuste que puede proceder. Bajo ésta se admite que una de las empresas debe aumentar los beneficios por el ajuste primario, pero se reconoce que en realidad parte de los beneficios permanecen siendo activos de la otra entidad, y que por tanto, deben dársele una causa diferente. Así sucederá cuando la legislación interna contenga una definición amplia de dividendos, una norma de ajustes secundarios, o aplique una norma o doctrina anti-abuso. El ajuste secundario es precisamente una recalificación que consiste en declarar ficta una segunda transacción entre las partes, para así equilibrar la realidad de los flujos de activos con el ajuste primario. Existen tres tipos de ficciones principales en razón al tipo de operación secundaria declarada: a) un aporte de capital; b) un préstamo<sup>1212</sup> o, c) un dividendo<sup>1213</sup>. Centrándose en éstos últimos, y a efectos del ejemplo que se viene utilizando, la diferencia entre el ajuste primario y el precio pagado o recibido por las transferencias a la matriz se podrían calificar como dividendos en el ERED. Pero además, el ERM podría también aplicar un ajuste secundario, no necesariamente calificando el exceso como dividendos, pero reconociendo el ajuste primario efectuado por el otro Estado. Así, un mismo supuesto –el exceso derivado del ajuste primario– podría ser calificado ficticiamente de forma idéntica o distinta, a pesar de que haya acuerdo en el ajuste primario<sup>1214</sup>.

---

<sup>1210</sup> HELMINEN 2010: p. 152.

<sup>1211</sup> OECD 2010b: 4.72. “La repatriación podría efectuarse bien constituyendo una cuenta por cobrar, o reclasificando otras transferencias, por ejemplo los pagos de dividendos cuando el ajuste se efectúa entre una sociedad matriz y su filial, como el pago de un precio de transferencia adicional (cuando el precio inicial fuese demasiado bajo) o como el reembolso de una parte del precio de transferencia (cuando el precio inicial fuese demasiado elevado).”

<sup>1212</sup> OECD 2010b: párr. 4.67.

<sup>1213</sup> vid. OECD 2010b: párr. 4.66; PETERSON & HORNER 1996: p. 14-18.

<sup>1214</sup> TEIXEIRA 2009: p. 451.

Los ajustes secundarios no resultan limitados ni autorizados por los CDI<sup>1215</sup>, ya que el párr. 8 de los Comentarios al art. 9 MCOCDE indica que esta norma no los aborda, y el párr. 9 afirma que deben hacerse atendiendo a las circunstancias de cada caso, y que no se impiden siempre que “sean posibles conforme a la legislación interna de los Estados contratantes”. Se ha considerado que los ajustes secundarios presentan enormes dificultades en la práctica<sup>1216</sup>. En especial, en aquellos que presume un préstamo o cuando el ajuste se hace entre partes del grupo indirectamente vinculadas<sup>1217</sup>, ya que puede dar lugar a doble imposición en aquellos casos en que el otro Estado contratante no reconozca la recalificación<sup>1218</sup>. El art. 9 MCOCDE no obliga a conceder desgravaciones cuando el otro Estado contratante ha practicado tales ajustes<sup>1219</sup>, pero dado que puede crearse doble imposición, se sugiere a los Estados realizarlas, salvo que “el comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la

---

<sup>1215</sup> PETERSON & HORNER 1996: p. 15.

<sup>1216</sup> OECD 2010b: párr. 4.70. La doctrina internacional ha afirmado que los ajustes secundarios son arbitrarios y caprichosos, en especial resulta extraordinariamente complejo escoger entre préstamo o dividendo ficticio. HIMINO 1996: p. 47. En la misma línea la doctrina española ha criticado la ambigüedad y automaticidad de la norma que autoriza el ajuste secundario (art. 16.8 TRLIS), pues indica que la diferencia entre el valor de mercado y el convenido “tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.” CENCERRADO 2007: p. 43 y ss. El desarrollo reglamentario del Real Decreto 1793/2008 se ha extralimitado como lo observa el Tribunal Supremo (Reino de España, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 27 mayo 2014. RJ 2014\388), y en especial, se critica que los ajustes sociedad-socio consideren como “utilidad” el monto que exceda del porcentaje de participación, pues la ley indica que la naturaleza de las rentas es una, y no doble, i.e. dividendo y “utilidad”. LÓPEZ-HERMOSO 2010: p. 725-730. Propositivamente se ha afirmado que “parece razonable es limitar la automaticidad de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primero conlleve necesariamente la realización de un ajuste secundario; por el contrario, éstos deberían realizarse cuando a través de un análisis sustancia vs. forma se llegue a la conclusión de que a través de la operación vinculada se pretendió ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital (o cualquier “operación secundaria), pero no allí donde las partes trataron de establecer un precio de mercado de forma diligente con los medios a su alcance.” CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 43. En todo caso, LIS de 2014 en el art. 18.11 agrega que “en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento: a) Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje, tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d)” LIRPF

<sup>1217</sup> Así lo ha reconocido la propia Comisión de la Unión Europea al recomendar que se prefiera a los ajustes que conlleven a dividendos o aportes presuntos sobre los de préstamos, al tiempo que invita a los Estados a solucionar la doble imposición causada a través del procedimiento amistoso previsto en los CDI. Reconoce además, que el Convenio de Arbitraje para la mayoría de los miembros no permite comprender los asuntos relativos a ajustes secundarios. COM(2014) 315 final: Annex I. Report on Secondary Adjustments: párr. 8 y 9; HIMINO 1996: p. 47-48.

<sup>1218</sup> OECD 2010b: párr. 4.68. Por ejemplo si el Estado no tiene normas similares. TEIXEIRA 2009: p. 451.

<sup>1219</sup> OECD 2010b: párr. 4.69.

retención en la fuente.”<sup>1220</sup> De tal forma, parece que no resulta recomendable la automaticidad de los ajustes secundarios, aunque convencionalmente, en apariencia, no existan límites distintos a la no discriminación. En la práctica hay estados que requieren la existencia de elusión fiscal por parte del contribuyente para proceder al ajuste, mientras que otros lo aplican automáticamente<sup>1221</sup>. El Manual sobre Procedimientos Amistosos Efectivos (conocido por sus siglas en inglés como “MEMAP”) sugiere dar prevalencia a la repatriación de fondos mediante ajustes compensatorios sobre el ajuste secundario para evitar los problemas de éste último<sup>1222</sup>, mientras que las Directrices de precios de transferencia sugieren que dada la falta de experiencia de los países en estos ajustes, se aproveche el procedimiento amistoso concerniente al ajuste primario para determinar también las consecuencias jurídicas del exceso<sup>1223</sup>.

Descritos los ajustes primario y secundario, interesa destacar que este último supone una recalificación de la renta a efectos internos, y cuando se adopta el enfoque de distribuciones encubiertas de beneficios, es decir, cuando se considera que el exceso se califica como dividendos, se genera la cuestión de si encuadra dentro del artículo 10.3 del MCOCDE. El art. 9 no dice nada respecto de la calificación que deben recibir los pagos en exceso de las condiciones de plena competencia. Tampoco lo hacen los art. 11.6 y 12.4 del Modelo que se limitan a exponer que cuando los pagos de intereses o regalías excedan del importe que habrían pactado partes independientes, la calificación bajo estas categorías de rentas se limitará al monto que se ajuste al principio de independencia, y lo restante, “podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del” Convenio. La inclusión de estas aclaraciones para los artículos de regalías e intereses hace preguntarse si los pagos que califiquen dentro de otras categorías de rentas del CDI, pero que excedan del valor de mercado, pueden ser recalificadas a nivel del Tratado, a pesar de que no exista norma expresa que lo permita.

---

<sup>1220</sup> OECD 2010b: párr. 4.71.

<sup>1221</sup> CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 52.

<sup>1222</sup> OECD 2007: aptdo. 4.6. En este trabajo se destaca que lo normal sería que cuando un ajuste primario se retracta dentro del procedimiento amistoso, se haga lo propio respecto del secundario. La consecuencia sería que en vez de recalificar la causa del ingreso que supera el valor de mercado, se ajustan las cuentas por medio de una repatriación del exceso. Eso puede dar lugar a diferencias sobre si el dinero pagado en exceso a una de las partes debió haber rendido intereses o no. En todo caso, la solución depende de la voluntad de las autoridades competentes; CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 62-63.

<sup>1223</sup> OECD 2010b: párr. 4.76.

Por ejemplo, los pagos laborales a hechos a un sujeto en el que concurre la condición de socio de la entidad pagadora<sup>1224</sup>.

En términos generales, convencionalmente la recalificación como dividendos realizada por el Estado de residencia de la entidad distribuidora se enmarcará en el art. 10.3 del Modelo cuando la renta sea pagada por la participación en una entidad, es decir, cuando exista una *societatis causa*<sup>1225</sup>. Esta se determina conforme a la legislación de dicho Estado y puede comprender todas las pérdidas patrimoniales de la sociedad hechas por la existencia de una participación social. Los términos “renta” y “pagados” no se oponen a ese resultado, pues no existe un significado autónomo limitativo. En un caso simple en que el ajuste primario de precios de transferencia entre una entidad participada al 100% y su matriz resulte en una disminución de los activos o de la caja de la primera, y un exceso para la última, la Administración del Estado de residencia de la entidad distribuidora podría considerar dicho exceso como dividendos y, en virtud de la tercera parte de la definición de dividendos convencional, se calificaría como tal. La jurisprudencia, desde la perspectiva del Estado de la fuente ha aceptado esas recalificaciones. En efecto, en España se admitió que los pagos hechos en virtud de un acuerdo de distribución de gastos generales con la matriz, no soportados probatoriamente, pueden ser calificados dentro del artículo de dividendos del CDI<sup>1226</sup>.

---

<sup>1224</sup> Aunque generalmente el régimen de las rentas laborales será más gravoso que el de los dividendos, podría ocurrir que no fuera así en alguno de los Estados con los cuales los hechos tienen conexión. Por ejemplo, un caso que se analiza adelante la calificación como rentas laborales en un Estado permiten garantizar una eliminación total de la doble imposición en el otro Estado, mientras que si procede un conflicto de calificación y la renta se califica como dividendos solo se le permitirá eliminar el porcentaje pactado para esos rendimientos en el CDI. Alemania, Tribunal Fiscal de primera instancia (*Finanzgericht Baden-Württemberg*), Sentencia del 6 de octubre de 2005, 13 V 50/04. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Vid. HATTINGH 2009: p. 527.

<sup>1225</sup> HELMINEN 2010: p. 158. “Los beneficios derivan las acciones, si el precio conforme al principio de independencia habría sido pagado en vez del monto realmente satisfecho, si la relación de accionista entre las partes no habría existido.” Esta afirmación se basa en su concepción de la relación de accionista, que desde nuestro punto de vista resulta demasiado restrictiva y no deriva precisamente de la redacción del MCOCDE, como se ha dicho en el apartado 3.1 del presente Capítulo.

<sup>1226</sup> Reino de España, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 13 junio 2006. RJ 2006\6316. Este es un caso de participación en gastos generales de la casa matriz. Una subsidiaria española paga en concepto de gastos generales a su matriz inglesa y pretende deducir el importe. La Administración recaracteriza dichos pagos como dividendos ya que el contribuyente no pudo demostrar la realidad de los servicios y gastos prestados por su matriz británica. Esta decisión se da sobre la normativa anterior a la introducción del artículo de operaciones vinculadas, pues versa sobre el ejercicio del año 1990. El juzgador analiza que la calificación pudo haber sido la de mera liberalidad o la de dividendos, pero que dada la participación al 100% de la entidad, entiende que es una “retribución del capital propio cualquiera que sea su denominación”, incluyéndose “las participaciones en beneficios por cualquier concepto distinto de la

El Estado de la residencia de la matriz, teóricamente, habrá de respetar la calificación concediendo el método para eliminar la doble imposición conforme al art. 23 A o 23 B del MCOCDE, y no podrá oponer su legislación interna relativa a su perspectiva de la *societatis causa*, o el entendimiento de las palabras “renta” o “pagados”. Tampoco podrá alegar que los art. 11.6 y 12.4 del Modelo permiten someter a imposición el exceso “de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante”, ya que a estas normas domésticas darán lugar a la calificación primaria, pero el CDI exige una calificación secundaria<sup>1227</sup> que haría considerar como dividendos a la renta, puesto que el art. 10.3 está redactado de forma abierta a la legislación del Estado de la fuente precisamente para comprender estas recalificaciones<sup>1228</sup>. En la práctica el problema será que mientras el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos implícitos no acepte el monto del ajuste primario de precios de transferencia, no estará obligado a conceder la desgravación de los dividendos<sup>1229</sup>. Como se ha dicho, el artículo 9 del Modelo parece demasiado amplio para determinar un mandato claro acerca del precio de mercado correcto, así que mientras no exista un único entendimiento respecto del ajuste primario, palpable en la actitud de la Administración del Estado de la residencia o en el procedimiento amistoso o arbitraje, la exigencia de

---

contraprestación de servicios personales” (art. 14 LIS). Descarta que la causa sean los contratos de servicios, pues no hubo apoyo probatorio sobre la prestación efectiva de los mismos. Además, descarta el argumento del recurrente que pretendía hacer valer la definición mercantil de distribuciones de beneficios, la cual, en efecto no se cumplía. Para el *ad quem* (la Audiencia Nacional), el artículo 25.1 de la LGT vigente a la fecha de los hechos, permitiría exigir los impuestos “con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible”, y en todo caso, como el supuesto de hecho se determinó atendiendo a conceptos económicos, “el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las normas jurídicas que utilicen”. De tal forma, se acepta una interpretación autónoma tributaria del concepto de remuneraciones de los fondos propios, que incluso es acorde con la definición convencional. Así, el Tribunal Supremo, siguiendo a la Audiencia Nacional y a los argumentos de la Administración, no encuentra mayores problemas para determinar que la renta obtenida por la matriz británica se califica como dividendos a efectos del CDI de 1976.

<sup>1227</sup> Ha de observarse la diferencia entre calificación secundaria que exige el CDI y el ajuste secundario de precios de transferencia.

<sup>1228</sup> En ese sentido el párr. 28 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE; HELMINEN 2010: p. 160; Ha de reconocerse, sin embargo, que el párr. 36 al art. 11 CMOCDE indican que las diferencias de calificación a las que lleven los principios y reglas internas de cada uno de los Estados contratantes, harán necesario acudir al procedimiento amistoso. Esta mención es obvia y solo ratifica que el otro Estado podría no estar de acuerdo con el ajuste primario y sobre esa base la calificación como dividendos no sería exigible a falta del acuerdo amistoso.

<sup>1229</sup> HELMINEN 2010: p. 161.

desgravación en la residencia del perceptor ordenada por los art. 3, 10 y 23 del Modelo no se desencadenan<sup>1230</sup>.

Ahora bien, si el ajuste primario se realiza entre la entidad distribuidora y otra entidad del grupo distinta de la matriz, como sería una “hermana” (*sister company*) o “abuela” (*grand parent*), no existe una participación social de la que derive *directamente* la renta. Esto ha dado lugar a discusiones en torno a si pueden ser consideradas distribuciones de beneficios o dividendos a efectos de las normas internas<sup>1231</sup> o incluso de los CDI que no incorporan una definición semejante al art. 10.3 del Modelo<sup>1232</sup>. En términos generales, para sortear este problema, existen tres perspectivas: en primer lugar, reconocer que existen varias operaciones entre los miembros del grupo o, en segundo lugar, entender que la entidad vinculada recibe una distribución con base en una *societatis causa* por una participación indirecta en el capital o, en tercer lugar, considerar que todo beneficiario del exceso del

---

<sup>1230</sup> En términos similares: CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 46.

<sup>1231</sup> Como destaca WIMAN, en un caso estudiado por la Corte Suprema Administrativa sueca (RA 1989 ref. 119) se analiza la enajenación de un barco entre dos sociedades que tenían individuos como comunes accionistas. La transferencia se realizó partiendo del costo fiscal mientras que la Corte entendió que debió hacerse a valor de mercado. La diferencia de precio se calificó como *constructive dividend* gravados en cabeza de los accionistas comunes. Sin embargo, en la sentencia del caso Sipano (RA 1992 ref. 56) la Corte cambió de criterio al entender que el accionista requiere obtener activos por parte de la sociedad, como cuando los bienes se venden a precio de costo a un pariente o a una entidad transparente de la cual es participe el accionista. De esta forma, se entendió en 1992 que no son dividendos las diferencias de precios de transferencia entre compañías hermanas. No obstante, la misma Corte en el caso Sipano 2 (RA 2004 ref. 1) entendió que una compraventa de participaciones en una *partnership* entre dos compañías hermanas causan un dividendo para los accionistas comunes, que resulta gravado y sin posibilidad de acceder al régimen de neutralidad por la exención por participación sustancial. WIMAN 2005: p. 361 y ss.

<sup>1232</sup> El CDI entre Suiza y Estados Unidos de 1951 no contiene una definición de dividendos y además incorpora una reducción por participación sustancial directa e *indirecta*. Pues bien, la sentencia de la Corte Federal de Apelaciones suiza, que conoció del caso en que una sociedad residente en ese Estado, sociedad “A”, indirectamente controlada al 100% por una entidad residente en Estados Unidos, sociedad “B”, a través de dos sociedades residentes en Suiza, “C” y “D”. En 1997 A vende a D por 20 millones de dólares estadounidenses y luego D vende por 28 millones. La administración Suiza considera que fue una distribución encubierta de beneficios y aplica una retención del 35%. La sociedad A, como agente retenedor, solicita la aplicación del tipo reducido previsto en el CDI que para participaciones sustanciales directas e indirectas mayores al 95% prevé un 5% de retención. El CDI no definía dividendos y se aplica el artículo equivalente al 3.2 MC y por lo tanto se remite al derecho interno del Estado de la fuente, Suiza. Bajo las normas de retención en la fuente de ese Estado, se habla de cualquier participación en beneficios. Además, los dividendos entendidos como distribuciones formales, son sólo uno de los tipos de rentas de las acciones. La Comisión de la Corte Federal de Apelaciones suiza admite que a pesar de que la entidad norteamericana no sea accionista directa, lo cierto es que la reducción de la imposición se prevé también para participaciones indirectas. Por ello, así como el término dividendos debe ser entendido desde un punto de vista económico, el término accionista también. Suiza, Corte Federal de Apelaciones, Sentencia de 7 de junio de 2004, Case SRK 2002-032, Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

valor de mercado está recibiendo una distribución de beneficios sujeta como las rentas de las acciones, a pesar de que no sea el titular de una participación social<sup>1233</sup>.

El primer enfoque entiende que puede haber ajustes secundarios sucesivos que consideran ficticiamente que la entidad distribuidora paga a su matriz, y ésta a su vez paga dividendos a la abuela o realiza un aporte en la hermana<sup>1234</sup>. De ésta forma, una entidad del grupo completamente ajena a la transacción que da lugar al ajuste de precios puede resultar como perceptora de una renta ficta, sin que tenga ningún beneficio<sup>1235</sup>. Es más, si las normas del Derecho societario obligan a repartir proporcionalmente las utilidades, el ajuste secundario podría llevar a que un socio minoritario, que no haya intervenido en la operación, deba computar ingresos ficticios a efectos fiscales. Por ello, se ha afirmado que no “resulta apropiado considerar como beneficiarios de un dividendo presunto a los accionistas minoritarios que no son parte de las operaciones vinculadas y que, en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, aun cuando un dividendo no proporcional pueda considerarse incompatible con las disposiciones aplicables del derecho de sociedades.”<sup>1236</sup> En todo caso, el art. 10.3 del Modelo permite comprender aquellas distribuciones ficticias imputadas a la matriz, pues el Estado de la fuente puede determinar que rentas tienen *societatis causa*, incluso aquellas rentas fictas. Es más, bajo una interpretación más estricta, las rentas fictas se hacen al titular de las participaciones sociales, de manera que no habría lugar a señalar que no son dividendos a efectos del MCOCDE.

En segundo lugar, la legislación puede considerar como dividendos los pagos hechos a entidades o personas vinculadas con los socios, por considerar que existe una *societas causa* indirecta, pues el ingreso lo recibe una persona con vínculos económicos o personales con el titular formal de la participación social. En nuestro criterio, esta atribución no se limita por la definición de dividendos que permite calificar perfectamente

---

<sup>1233</sup> Sobre los conflictos de atribución que generan estos enfoques o teorías, tema que excede de nuestro objeto, vid. SALOM 2011: p. 401-404.

<sup>1234</sup> Se ha llamado “teoría de los dividendos triangulares”. CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 52. Dada la naturaleza de las operaciones fictas, no parece la denominación más apropiada. La doctrina habla mejor de la teoría de triangulación a secas. SALOM 2011: p. 396-397; 402.

<sup>1235</sup> En Estados Unidos los tribunales no han mantenido la recharacterización hecha por la Administración cuando no se ha probado algún beneficio para la matriz en la operación. LEWIS & BREEN 2008: p. 29

<sup>1236</sup> OECD 2010b: párr. 4.70



el rendimiento dentro del art. 10, pues existe una disminución de los activos de la entidad distribuidora y la fuente, se presume por el derecho interno, es la participación social.

El tercer enfoque consiste en considerar que todos los excesos de renta pagados por empresas controladas o dependientes de una entidad no residente, o en general, pagados por residentes a regímenes fiscales preferentes, se consideran como distribuciones de beneficios<sup>1237</sup>. Francia ha tendido a dar esa solución y ha enfrentado dificultades para enmarcar sus recalificaciones dentro de la definición de dividendos convencional. La jurisprudencia del *Conseil d'Etat* ha sido rotunda al afirmar que un no residente que no es accionista de una sociedad francesa, pero al cual la legislación interna le considera receptor de unos dividendos encubiertos a través precios de transferencia que no se adecúan a los valores de mercado, no califican como dividendos a efectos de los CDI y deben ser desgravados en Francia por considerarse “otras rentas”, cuando se siga la redacción del MCOCDE<sup>1238</sup>. Esos casos resultan entendibles porque no existe una participación social de la cual derive la renta, y tan sólo se presume una distribución encubierta de beneficios. En los términos que hemos usado en esta Tesis, habrá un rendimiento y un nexo en los términos de los CDI, pero no una participación social. Sin embargo, la jurisprudencia de ese tribunal ha ido más allá para indicar que los ajustes a las transacciones con sociedades hermanas<sup>1239</sup>, con la matriz<sup>1240</sup>, con la filial<sup>1241</sup>, con socios que en el pasado fueron administradores<sup>1242</sup> o con directores<sup>1243</sup>, que según la legislación interna califiquen como distribuciones encubiertas de beneficios, no se enmarcan dentro de los artículos de dividendos que siguen la redacción del 10.3 del MCOCDE, aunque si

---

<sup>1237</sup> Este es el enfoque adoptado por Francia. art. 57 *Code Général des Impôts*.

<sup>1238</sup> La línea jurisprudencial parece ser coherente en este punto y eso se aprecia en las siguientes sentencias: Francia, Conseil D'État, Sentencia del 26 de noviembre de 1982, No. 28177. Francia, Conseil D'État, Sentencia del 27 de julio de 1984, No. 15649. Francia, Conseil D'État, Sentencia de 4 de abril de 1970, No. 15649. Citadas y comentadas por HATTINGH 2009: p. 524-526; Si el CDI prevé tributación en la fuente de las “otras rentas”, la respuesta claramente será distinta.

<sup>1239</sup> Francia, Conseil D'État, Sentencia del 19 de diciembre de 1989, No. 54101. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 525;

<sup>1240</sup> Francia, Conseil D'État, Sentencia del 7 de noviembre de 1987, No. 47158. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 525;

<sup>1241</sup> Francia, Conseil D'État, Sentencia del 30 de marzo de 1987, No. 51754. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 526;

<sup>1242</sup> Francia, Conseil D'État, Sentencia de 10 de junio de 1983, No. 27391. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 525;

<sup>1243</sup> Francia, Conseil D'État, Sentencia de 15 de septiembre de 1989, No. 62383-63848. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 526;

contuvieran definiciones amplísimas como la del MCEUA, no habría ninguna dificultad para calificarlas así<sup>1244</sup>. A nuestro juicio esta perspectiva parece demasiado restrictiva, pues salvo el caso de los directores, en los demás existe una participación social y un rendimiento que se vinculan por una *societatis causa* perfectamente definida en la legislación interna.

En definitiva, se aprecia que la expresión “participaciones sociales” en la tercera parte de la definición del art. 10.3 del MCOCDE puede permitir interpretar que solo son dividendos aquellos formalmente decretados. Aunque parezca más robusta la argumentación según la cual el citado precepto comprende aquellas atribuciones que el Estado de la fuente haga a sujetos distintos al titular de la participación social, siempre que la reducción del patrimonio de la sociedad sea considerada que tiene una *societatis causa* por el Estado de residencia de la entidad, y que exista realmente esa participación en el capital de la sociedad, hay que reconocer que se reduce el grado de inseguridad jurídica cuando se adopta una definición amplísima de dividendos, del tipo del MCEUA, que como lo dice su exposición de motivos, no deja dudas de que los dividendos implícitos en general son clasificados dentro del art. 10 del citado Modelo, en especial, aquellos derivados de transacciones que se alejen del principio de independencia<sup>1245</sup>.

---

<sup>1244</sup> Francia, Conseil d’Etat, Sentencia de 13 de octubre de 1999, No. 190083, *Banque Française de l’Orient*, RJF 12/99 No. 1587. vid. BENAMRAN. J., *France - Corporate Taxation* sec. 7. Country Analyses IBFD (accessed 19 July 2014).

<sup>1245</sup> “The term includes income from shares, or other corporate rights that are not treated as debt under the law of the source State, that participate in the profits of the company. The term also includes income that is subjected to the same tax treatment as income from shares by the law of the State of source. Thus, a constructive dividend that results from a non-arm’s length transaction between a corporation and a related party is a dividend. In the case of the United States the term dividend includes amounts treated as a dividend under U.S. law upon the sale or redemption of shares or upon a transfer of shares in a reorganization. See, e.g., Rev. Rul. 92-85, 1992-2 C.B. 69 (sale of foreign subsidiary’s stock to U.S. sister company is a deemed dividend to extent of the subsidiary’s and sister company’s earnings and profits). Further, a distribution from a U.S. publicly traded limited partnership, which is taxed as a corporation under U.S. law, is a dividend for purposes of Article 10. However, a distribution by a limited liability company is not taxable by the United States under Article 10, provided the limited liability company is not characterized as an association taxable as a corporation under U.S. law. Finally, a payment denominated as interest that is made by a thinly capitalized corporation may be treated as a dividend to the extent that the debt is recharacterized as equity under the laws of the source State.” Technical Explanations MCUSA 2006: párr. 166. La jurisprudencia ratifica que la redacción de la definición del Modelo es suficientemente amplia para comprender los dividendos implícitos en una operación de intercambio de activos que se alejaba de los valores de mercado. Estados Unidos, Tax Court, Sentencia de 16 de enero de 2002, *Framatome Connectors USA, Inc. and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, Caso No. 5030-98, 9160-99. Disponible en [www.ibfg.org](http://www.ibfg.org)

Más discutible sería definir si la recalificación en dividendos hecha por el Estado de la residencia se encuadra dentro de la definición de dividendos convencional cuando el Estado de la fuente lo ha calificado como rentas de servicios personales dependientes. Esto ocurrió justamente en Alemania<sup>1246</sup> donde un residente de ese país, accionista al 90% de una sociedad limitada (*GmbH*) suiza, y quien también obra como administrador de dicha sociedad, le recalificaron en dividendos lo que Suiza consideró rentas de servicios personales dependientes equivalentes a los porcentajes de cada transacción hecha por la sociedad. La Administración alemana consideró que la remuneración determinada por el volumen de ingresos y no por los beneficios, estaba por fuera del principio de independencia y, por lo tanto, se debían calificar como distribuciones ocultas que encajaban perfectamente dentro del art. 10.4 del CDI de 1971 relativo a la definición de dividendos. El Tribunal llega a la misma conclusión entendiendo que supuesta parte autónoma de la definición de dividendos no está definida por el Convenio y, en consecuencia, podía ser interpretada conforme al Derecho alemán siguiendo el art. 3.2. En todo caso, le concede un crédito fiscal del 15% para atenuar la doble imposición.

La recién citada sentencia alemana ha sido criticada porque no reconoce la existencia de un significado autónomo de dividendos, ni tiene en consideración la preferencia que da el art. 10.3 a la calificación de sus términos conforme al Estado de la residencia de la entidad distribuidora cuando no ha sido posible encontrar el contexto, y porque supone desconocer la calificación dada a la renta en Suiza, que es el Estado de la fuente y que aplica el CDI en primer lugar. Además, tampoco es una renta obtenida por una participación social que da derecho a las distribuciones de beneficios en una sociedad, ya que la causa inmediata del pago es el contrato laboral<sup>1247</sup>. En general estas críticas se pueden compartir, pues si bien es posible que bajo la legislación alemana se califiquen los términos “renta” y “pagados” conforme a su legislación interna y, de ese modo, puedan gravar la renta del socio residente, es evidente que ha de respetarse la calificación del Estado de la fuente, al menos para conceder el método para eliminar la doble imposición que resulte para las rentas de servicios personales dependientes, según el Tratado. No parece razonable que bajo la ley

---

<sup>1246</sup> Alemania, Tribunal Fiscal de primera instancia (*Finanzgericht Baden-Württemberg*), Sentencia del 6 de octubre de 2005, 13 V 50/04. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Cfr. HATTINGH 2009: p. 527.

<sup>1247</sup> HATTINGH 2010: p. 527.

alemana, o bajo una interpretación autónoma convencional del concepto de dividendo, se indique que se trata de rentas de las acciones si el Estado de la fuente no las considera así. Distinto es el caso de las normas de transparencia fiscal internacional, donde la fuente sí considera que la renta deriva de participaciones sociales, solo que lo hace en un periodo fiscal posterior.

### 3.3.2. PAGO DE DIVIDENDOS EN ACCIONES

En muchos Estados se considera que no hay renta cuando se entregan nuevas participaciones a los accionistas, socios o partícipes, o se aumenta el valor nominal de las alícuotas del capital social a causa de la capitalización de reservas voluntarias, estatutarias o legales de libre disposición, de la prima de emisión, de los beneficios del periodo o los acumulados en años anteriores, de la revalorización del patrimonio o, en general, de alguna de las cuentas del patrimonio. Esto es así porque cuando la sociedad decide dar la opción de suscribir nuevas acciones en vez de los dividendos en metálico<sup>1248</sup>, no existe una transferencia de beneficios económicos de la entidad hacia sus socios, tan sólo su patrimonio resulta dividido en más participaciones sin afectarse la base imponible de la sociedad, ni alterar el valor de los derechos del socio, al menos mientras no se amorticen las acciones<sup>1249</sup>.

---

<sup>1248</sup> El pago de dividendos en acciones hace parte de las formas de retribución flexible que comprenden otros pagos en especie como el otorgamiento de derechos de suscripción, la compensación de los dividendos pasivos, las primas de asistencia juntas, entre otras. El otorgamiento del derecho a elegir la forma de remuneración de las participaciones al socio, de forma que se pueda optar por el pago en metálico o con derechos de suscripción o acciones se conoce con el anglicismo *scrip dividend*. Las acciones entregadas pueden tener diversos orígenes que marquen uno u otro tratamiento fiscal. vid. GARCÍA NOVOA 2013: p. 5 y ss.

<sup>1249</sup> Por ejemplo, en España se excluye el pago del dividendo en acciones de nueva suscripción (por ampliación del capital) de la definición de rendimientos derivados de la participación en fondos propios, pues se ha considerado que es un: “mero ajuste contable; no es un dividendo, más bien es lo contrario de un dividendo; no es un dividendo porque nada sale de la sociedad; después de esa operación la sociedad tiene el mismo patrimonio que antes, exactamente el mismo; la sociedad no ha tenido que prescindir, que privarse de ningún elemento de su patrimonio, para entregárselo a los accionistas, que son personas distintas. Nada pasa al accionista, excepto unos papeles, como aquí se ha dicho, que certifican que el accionista es titular de algo de lo que ya era titular: de la parte alícuota correspondiente del patrimonio social.” Así lo afirmó GARCÍA AÑOVEROS en el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de IRPF. Disponible en *Revista Española de Derecho Financiero*, Nos. 17-18, 1978, p. 304. vid. PITA GRANDAL 2009: p. 409. Existe por tanto un diferimiento del impuesto hasta la enajenación de la acción recibida. Por ejemplo, así lo ha afirmado expresamente en India la Autoridad de *Rulings*: India - Briggs of Burton India Pvt. Ltd. v. CIT, 4 April 2005. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

Sin embargo, la entrega de participaciones de nueva suscripción supone un pago en especie de los dividendos que podría ser visto como dos transacciones, la distribución de las reservas o beneficios del periodo, y la posterior reinversión de los dividendos recibidos. En la práctica, estas operaciones se gravan como dividendos muy excepcionalmente en ciertas jurisdicciones, cuando la proporcionalidad de los derechos económicos de los socios se altera, como por ejemplo, cuando se permite el pago en acciones o en metálico, pues se entiende que ha habido un enriquecimiento del socio que tiene derecho a una alícuota mayor sobre el patrimonio de la entidad, aunque a veces dependa también de las cuentas del patrimonio que se capitalicen<sup>1250</sup>. En España, los pagos en acciones de nueva suscripción se gravan como ganancias de capital, pero sólo hasta el momento de enajenación de la participación y sin importar si varía o no la proporción de participación. Sin embargo, si participaciones de autocartera o son adquiridas en el mercado por la entidad distribuidora antes de pagar los dividendos, se aplican las reglas ordinarias para los rendimientos por la participación en los fondos propios<sup>1251</sup>.

A efectos de los CDI se plantea la cuestión de si el pago del dividendo en acciones califica dentro del art. 10.3 del MCOCDE. No hay dudas de que existe una entidad distribuidora de dividendos, ni que deriva de una participación social, pero si resulta discutible si es una “renta” “pagada”. En primer lugar, se tratará de una renta si así lo considera el Estado de la fuente de los dividendos o el de la residencia del socio, ya que, como se ha dicho arriba, la concurrencia o no de éste requisito, se determina de buena fe por la *lex fori*. Por ello, no tiene sentido entender que el párr. 28 del MCOCDE considera que las acciones gratuitas son dividendos sólo si son tratadas por el Estado de la fuente como rentas de las acciones. Si el Estado de residencia considera a las acciones gratuitas como renta, habrá que calificarlas como dividendos a efecto de los CDI, pues son rendimiento de las acciones siempre y cuando no se presente un conflicto de calificación de la renta. De igual modo, el término “pagados” usado en el art. 10 del Modelo debe ser entendido ampliamente y sin restringir la definición de dividendos, de manera que, en principio, las participaciones gratuitas entregadas por la entidad distribuidora a los socios en razón a la *societatis causa*

---

<sup>1250</sup> HELMINEN 2010: p. 141-142.

<sup>1251</sup> vid. GARCÍA NOVOA 2006: p. 100-108; BME 2013: p. 28-31 y 41-44.

son dividendos a efectos de la definición del MCOCDE cuando sean considerados como renta pagada por alguno de los Estados contratantes. La misma conclusión se aplicaría a otras fórmulas de remuneración a los socios o accionistas, como la compra por parte de la sociedad de derechos de suscripción de acciones<sup>1252</sup>, los servicios prestados por la sociedad o la compensación de los dividendos pasivos<sup>1253</sup>.

### **3.4. BENEFICIOS ACUMULADOS Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO/ACCIONISTA/PARTÍCIPE**

La diferencia en el tratamiento tributario que prevé el derecho interno, en interacción con los CDI, para los dividendos y las ganancias de capital parece un tanto absurda frente a la perspectiva económica de la renta y valoración de las acciones, ya que, el patrimonio de un socio o accionista, en condiciones de mercado perfectas, no varía con la distribución de dividendos, aunque cambia la naturaleza jurídica y contable de cómo se detenta<sup>1254</sup>. Si bien el valor de las utilidades no distribuidas se refleja en la valoración de las participaciones sociales, al momento de la declaración de los dividendos parte del valor de la acción se pierde y se obtiene un derecho de crédito frente la sociedad por un valor equivalente a dicha pérdida. No obstante, los mercados no son perfectos y la distribución puede suponer diferencias en el patrimonio del socio<sup>1255</sup>. En concreto, el Derecho tributario suele gravar el pago de dividendos cuando en realidad no ha habido un incremento patrimonial en el socio y, de hecho, la aplicación de dicho impuesto a la distribución causa una reducción del patrimonio total del accionista<sup>1256</sup>.

En Estados Unidos en el año 2003 cuando la doble imposición económica soportada por la distribución de dividendos se redujo gracias a una exención de los dividendos, se observó que las sociedades cotizadas repartieron menos dividendos mientras que las recompras de acciones (otra forma de distribuir beneficios) aumentaron dramáticamente. Aunque esto se

---

<sup>1252</sup> Por ejemplo, en España se consideran como rendimientos del capital mobiliario. Cuando se vendan a terceros se gravarán como una ganancia de capital. BME 2013: p. 32-40.

<sup>1253</sup> GARCÍA NOVOA 2006: p. 101.

<sup>1254</sup> VAN WEEGUEL 1998: p. 141; POLITO 2012: p. 3-4.

<sup>1255</sup> Resultan ilustrativas las explicaciones de los distintos efectos de las 19 formulas de retribución del accionista, a las cuales nos remitimos para no desviarnos del problema que nos ocupa. BME 2013: p. 22 y ss.

<sup>1256</sup> POLITO 2012: p. 3-4.

haya explicado por la presión de ciertos inversionistas e incluso por el interés particular de los administradores que poseían acciones, bien es reconocido que fiscalmente la recompra de acciones era más favorable que el pago de dividendos. Al tiempo, la regla de fuente de ambos tipos de ingresos era sustancialmente distinta, pues las ganancias de capital se realizan en el Estado de residencia del vendedor, mientras que los dividendos en la residencia de la entidad distribuidora. Este problema, denominado en el país norteamericano “el rompecabezas de la recompra de acciones”, demuestra cómo las ganancias de capital sobre las acciones son, desde un punto de vista económico, equivalentes a la “suma del valor de los beneficios actuales de una sociedad, sumado al valor presente de sus futuros beneficios, y ambos son los fondos de los cuales los beneficios son pagados”<sup>1257</sup>.

Por ello, resulta necesario analizar desde la definición de dividendos comprendida en el artículo 10.3 del MCOODE, si pueden calificarse en esa norma los beneficios acumulados de una entidad considerados como dividendos de los socios que se realizan al momento de la enajenación su participación, bien sea porque así lo prevean las definiciones internas o, sea el resultado de la aplicación de normas o doctrinas generales o especiales anti-elusión. Ello puede ocurrir por ejemplo cuando se da un lavado de dividendos, una amortización o recompra de acciones o cuando se liquida totalmente la sociedad. El problema que se plantea es determinar si el artículo 10 MCOODE comprende sólo las “rentas” de las “participaciones”, entendidas como “frutos” de las mismas, o si puede incluso alcanzar a la enajenación del activo, o incluso, a pagos sustitutivos de dividendos recibidos por quien no tiene jurídicamente la condición de socio o partícipe.

### **3.4.1. “LAVADO” DE DIVIDENDOS**

En la planificación fiscal internacional es común el término lavado de dividendos, que podría aceptarse a estos efectos como una traducción de términos con contenido no jurídico como *dividend washing* o *dividend stripping*, en éste último caso haciendo más referencia

---

<sup>1257</sup> vid. AVI-YONAH 2010: p. 4. La literatura financiera analiza el impacto de las diferencias impositivas entre los dividendos y las ganancias de capital que se resumen en la frase del libro clásico de las finanzas corporativas: “Whenever dividends are taxed more heavily than capital gains, firms should pay the lowest cash dividend they can get away with.” BREALEY, MYERS & ALLEN 2011: p. 404

al resultado antielusorio, en atención a que se desnuda la existencia de los mismos, donde formalmente se trataba de negocios o actos jurídicos de distinta naturaleza. En efecto, en términos jurídico-mercantiles los dividendos son pagados por la relación de accionista, sin embargo, diversos esquemas que permiten que la carga fiscal de la distribución se reduzca mediante el arbitraje en la designación del perceptor de los dividendos. Económicamente los beneficios acumulados por una entidad se reflejan en el precio de sus participaciones sociales, de ahí que la enajenación de éstas pueda ser un instrumento para transferir una suma de dinero equivalente a los dividendos, sin que la renta derive de la participación social, sino de la disposición de la misma. Por ello, las definiciones, las normas especiales o generales anti-abuso consideran como dividendos algunos pagos hechos a quienes no son mercantilmente los titulares de los derechos económicos de la participación social, o a los pagos recibidos por la enajenación de las participaciones.

El lavado de dividendos es un ejemplo de las estructuras de planeación que se pretenden atacar, pues mediante éstas se busca que el dividendo sea recibido por un sujeto que en un primer momento es ajeno a esa relación de accionista, y quien reúne ciertas condiciones subjetivas que le permiten obtener un tratamiento fiscal más favorable de los dividendos. Para el inversor inicial, el pago que reciba por parte del tercero a cambio del dividendo puede igualmente tener un tratamiento fiscal más favorable. Piénsese por ejemplo que el tercero puede tener derecho a recibir desgravaciones por los métodos para eliminar la doble imposición económica (p. ej. por ser residente), o tener una retención menor en atención a la ley interna, el derecho comunitario o los CDI.

Dejando de lado los asuntos relacionados con el ámbito de aplicación de los CDI, el beneficiario efectivo y el requisito de bilateralidad<sup>1258</sup> del art. 10.1 del Modelo por exceder

---

<sup>1258</sup> El *Hoge Raad* neerlandés ha señalado que el CDI con Bélgica solo da derecho a gravar los dividendos distribuidos por una sociedad residente a un residente en éste último Estado, de forma que si la Administración atribuye los rendimientos a un belga quien fue titular inicial de la participación, estaría vulnerando el CDI, porque además el hecho económico relevante para el Tratado fue la enajenación y sobre la cual los países bajos tampoco tendrían derecho según el artículo de ganancias de capital. Países Bajos, *Hoge Raad*, Case 36773, Sentencia de 6 de diciembre de 2002. Disponible en *Tax Research Platform* IBFD. Como se aprecia este caso, como muchos otros se resuelve por el ámbito subjetivo de aplicación del art. 10.1 y no se entra en la calificación, por lo tanto no presta relevancia para el objeto de esta Tesis. Por el contrario, los casos de los años 1993 y 1994 del mismo tribunal si analizan la calificación de los beneficios de la



de nuestro objeto, analicemos siguientes técnicas de lavado de dividendos que generan problemas de calificación<sup>1259</sup>:

1) Se transfiere el derecho de recibir dividendos futuros sin enajenar la participación social, como por ejemplo, negociando los cupones de dividendo o constituyendo un usufructo. El titular de la acción recibe un pago por la venta del cupón o la constitución del usufructo, y el adquirente del derecho recibe el pago de los dividendos<sup>1260</sup>.

En relación con los dividendos recibidos por el adquirente del título de cobro o por el usufructuario, debe indagarse si pueden calificar dentro del art. 10.3 MCOCDE. Los “cupones de dividendos” y e usufructo son títulos que dan lugar a recibir estas rentas, pero no son “participaciones” en el sentido del Modelo, pues aunque se entienda como “otros derechos, excepto los de crédito”, no se puede decir que sean estos los que permiten “participar en los beneficios”. Por el contrario, la causa es el negocio jurídico con el titular de las participaciones, mediante el cual se adquirieron los cupones o se constituyó el usufructo. Por eso, para VOGEL no son dividendos los pagos hechos por la sociedad y recibidos por el adquirente del cupón, pues el título del cual derivan no incorpora “todos los derechos de los accionistas, sino meramente la posterior (posibilidad futura) de exigir una participación en los beneficios determinados por un año específico. Si el pago hecho por la sociedad sobre tal cupón es o no un dividendo, depende de si el tenedor del cupón recibe el pago a cuenta de su (presente o pasado) estatus de accionista (...)”<sup>1261</sup>. Sin embargo, esta afirmación está lejos de ser unánime, pues por ejemplo, HELMINEN reconoce que la interpretación del autor alemán tan válida como la que justifique que el pago se hace a

---

enajenación como dividendos, que fue otra estrategia utilizada por la Administración, como se verá más adelante.

<sup>1259</sup> vid. VAN WEEGUEL 1998: p. 141-149; HELMINEN 2010: p. 91 y ss.; BLESSING 2012b: p. 121, 122, 126-134; DYPPEL 2014;

<sup>1260</sup> La ley mercantil suele regular que es el socio quien tiene derecho a los dividendos decretados y que no podrá verse privado de adquirir la titularidad de dicho derecho (derecho al beneficio). Sin embargo, en el marco de la autonomía privada el titular puede transmitir el derecho al dividendo acordado bien sea a través de la incorporación de tal derecho en un título valor o título negociable o sin la misma. El título valor, nominativo o al portador, que se constituye con tal derecho se suele llamar “cupón de dividendo” y da derecho al cobro de los dividendos. El cupón de dividendos se distingue de la venta de acciones que tienen pendiente el cobro de dividendos, pues en estos casos la transmisión del principal supone también la suerte de lo accesorio como regla general y salvo pacto en contrario. vid. ILLESCAS 1973: p. 106 y 107.

<sup>1261</sup> VOGEL, art. 10, párr.192.

causa de una “participación” en una entidad distribuidora y se tenga en cuenta que el titular del cupón sería el beneficiario efectivo del pago. De hecho, el *Hoge Raad* concluyó que los dividendos pagados por una sociedad neerlandesa a un tenedor de un cupón de dividendos residente en el Reino Unido comprado después de la declaración de los dividendos, tienen derecho a la reducción de la retención prevista en el CDI entre Países Bajos y el Reino Unido de 1980<sup>1262</sup>. Por el contrario, el Tribunal Supremo Administrativo de República Checa analizó un caso en el que un sujeto residente en Chipre titular de las acciones en una entidad checa cede el derecho a cobrar los dividendos previamente decretados a un Banco residente en Chequia. En su criterio los dividendos son gravables de acuerdo a las condiciones del titular de la participación, que es quien tiene el derecho a participar en beneficios, y no respecto de las condiciones de quien tiene meros derechos de cobro de un pasivo, que además debe entenderse versa sobre el valor nominal de los dividendos menos la retención<sup>1263</sup>.

Como se ha mantenido en este trabajo, la solución a estas cuestiones se encuentra en la legislación del Estado de la fuente de la entidad distribuidora, que podrá decidir a quien atribuye el dividendo y en cualquier caso encuadrará dentro de la definición del art. 10.3 del Modelo. Esta norma no prejuzga el nexo y sólo exige que derive de una de las participaciones a que se refiere. Si el elemento de renta se atribuye al adquirente del cupón por ambos estados contratantes, la residencia debe aceptar la calificación de la renta a efectos de garantizar la desgravación prevista por el CDI para los dividendos aunque bajo su legislación interna lo califique como ganancias de capital. Del mismo modo, es posible que el Estado de la fuente de los dividendos atribuya los dividendos al titular de la participación y lo grave de conformidad, a pesar de que la renta haya sido pagada (en un sentido estrictamente mercantil) al tenedor del cupón. Por ello, se ha afirmado que esta es

---

<sup>1262</sup> Países Bajos, *Hoge Raad*, Sentencia de 6 de abril de 1994, BNB 1994/217. Esta sentencia, conocida como “*market maker decisión*”, versa sobre acciones de la *Royal Dutch Oil Company* y es analizada entre otros por: VAN WEEGUEL 1998: p. 143; PIJL 2000: p. 257; BLESSING 2012b: p. 150. Gracias a éste caso se incorpora una norma que busca evitar el lavado de dividendos que PIJL traduce al inglés así: “For purposes of claiming a reduction or refund of dividend tax, a person will not be considered to be the beneficial owner of the income derived from shares, jouissance shares or profit-sharing bonds if he acquired them within ten days before the day on which the distributing entity determined the amount of the income or if he alienated them within three months after their acquisition.”

<sup>1263</sup> República Checa, Supreme Administrative Court, Sentencia del 27 de mayo de 2010, caso no. No. 5 Afs106/2009-112. vid. [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

una forma más segura de atacar el fenómeno de lavado de dividendos, si se compara con aquella que considera como dividendo el ingreso que obtiene el titular de la participación por la venta del cupón<sup>1264</sup>.

En efecto, la calificación de la utilidad obtenida por el titular de la participación en la enajenación del cupón de dividendos es problemática, ya que la causa del ingreso es la venta del derecho a cobrar, pero es difícil justificar que sea la participación en la entidad. Es más, la entidad distribuidora no hace ningún pago al titular de la acción, lo hace el comprador del bono. Por ello, generalmente se sostiene que se trata de una enajenación del capital mobiliario que se gravaría en el Estado de la residencia del adquirente, según el art. 13.5 MCOCDE<sup>1265</sup>. Si el Estado de la fuente sujetara de la misma forma que los dividendos esos pagos obtenidos por el titular de la participación como ocurre en España, podría pensarse que la prevalencia del artículo 10 sobre el 13, según se expresó, solucionaría esta cuestión. Sin embargo, para llegar allí, deberían resultar aplicables tanto el artículo 10 como el 13, lo que no es claro, ya que respecto de su encuadramiento en la primera norma quedarían muchas dudas de si se trata de un pago en razón a una *societatis causa* o de una causa en una parte de la *societatis causa* i.e. el derecho sobre los dividendos de un determinado periodo; que en todo caso no parecen ser suficientes. Si un Estado decide gravar estos pagos como dividendos, deberían renegociarse los CDI para incluir remisiones amplias o amplísimas en el artículo de dividendos, y así comprender dichas utilidades dentro de la definición sin mayores problemas. De lo contrario la inseguridad jurídica está servida. Por otro lado, no podría aceptarse el argumento de que la retención en la fuente podrá imponerse gracias a que la recalificación se da en virtud de una cláusula anti-abuso interna que hace parte “de las normas básicas nacionales establecidas por la legislación tributaria para determinar los tipos de hechos que dan lugar a una deuda tributaria”<sup>1266</sup>, ya

---

<sup>1264</sup> HELMINEN 2010: p. 105-106.

<sup>1265</sup> VOGEL 1997: art. 10, párr. 9a.; HELMINEN 2010: p. 103. En los trabajos de revisión del MCOCDE de 1963 un desafortunado párrafo del Informe sostuvo: "The term "dividends" also includes income from the alienation of dividend coupons or other similar rights where the capital relating thereto has not been transferred at the same time." CFA/WPI(73)2: párr. 10. Sin embargo, el CAF parece no haber hecho caso al mismo cuando modificó el Modelo de 1977, ya que no se dijo nada similar en los Comentarios.

<sup>1266</sup> párr. 9, art. 1 MCOCDE; HELMINEN 2010: p. 106. Esta autora admite que el art. 10 MCOCDE no restringiría la aplicación de esa retención en la fuente, pero luego sostiene que si se genera doble imposición la aplicación de las normas anti-abuso serían contrarias a los CDI.

que el derecho interno no puede oponerse al cumplimiento de las obligaciones previstas en los Convenios internacionales.

Ahora bien, si se entiende que el dividendo lo obtiene el titular formal de la participación, la pregunta que surge es: ¿cómo se debe calificar la renta pagada por la entidad distribuidora al receptor del cupón? Al menos dos respuestas se han encontrado. En primer lugar, se puede considerar que el titular de la participación ha recibido un préstamo del titular del cupón, que se paga por la entidad distribuidora, de manera que el titular del cupón recibe intereses calificados dentro del art. 11 MCOCDE y la devolución del capital se encuadra bajo el artículo 21 del mismo. En segundo lugar, se podría entender que se trata de “otras rentas” calificada dentro del artículo 21 MCOCDE ante la imposibilidad de ser dividendos<sup>1267</sup>.

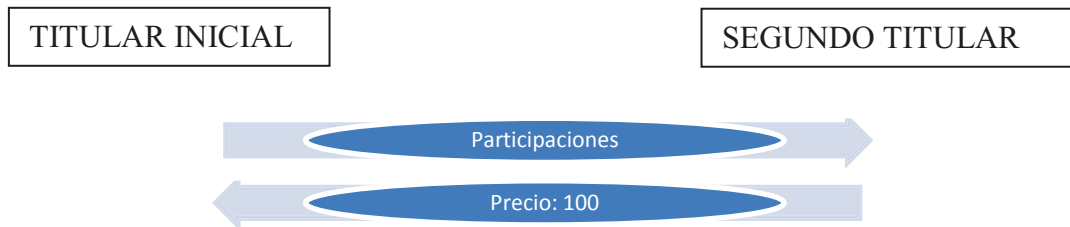
2) Una estructura de planeación más compleja de lavado de dividendos es la venta de las participaciones antes de la distribución de utilidades, pactándose una posterior recompra de las mismas o de igual género. En este caso, el titular inicial de las participaciones, usualmente es un no residente sin derecho al método para eliminar la doble imposición económica interna, obtiene una ganancia de capital por la enajenación que puede equivaler al monto de los dividendos, sumado al ahorro fiscal por la aplicación del método para eliminar la doble imposición, por ejemplo, el valor equivalente al crédito fiscal. El segundo titular, adquirente de la participación, puede ser, bien, un residente en el Estado de la fuente de los dividendos, o bien, un residente en un Estado con el cual se tenga un CDI que conceda el método para evitar la doble imposición económica en la fuente. El segundo titular entonces obtiene como renta los dividendos en el momento en que se declaren o paguen por la sociedad, según las reglas que determinan el devengo, y posteriormente al revender la participación produce una pérdida patrimonial, ya que dicha venta se haría al precio de adquisición menos los dividendos recibidos. De tal forma, dicho sujeto podría compensar los dividendos con la pérdida patrimonial.

---

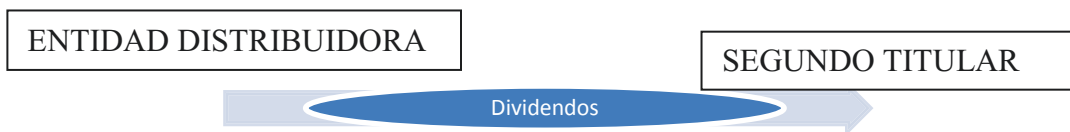
<sup>1267</sup> Sobre estas soluciones en el Derecho estadounidense: BLESSING 2012b: p. 151

Gráficamente podría exponerse este supuesto de lavado de dividendos de la siguiente forma:

Paso 1:



Paso 2:



Paso 3



Como se aprecia, el titular inicial recibe 100 unidades al enajenar las participaciones, mientras que debe recomprarlas por un valor de 80 unidades, obteniendo una renta de 20, que efectos convencionales, en principio, sería calificada como ganancias de capital gravable de forma exclusiva en la residencia de quien la obtiene, tal como lo ordena el artículo 13.5 MCOCDE<sup>1268</sup>. Para el segundo titular, existe un efecto neutro de la operación, ya que satisface 100 unidades, que luego compensa con el monto de los dividendos y el precio de la reventa. Este simplificado ejemplo demuestra un posible arbitraje entre el tratamiento de los dividendos y la enajenación de las participaciones. Una forma de atacar

<sup>1268</sup> VOGEL 1997: párr. 189 y ss., art. 10.

estos esquemas es evitar la compensación que realiza el segundo titular cuando la entidad distribuidora y el prestatario son residentes en el mismo Estado<sup>1269</sup>. Sin embargo, la forma más común para evitar el fraude al concepto de dividendo se da a través de criterios objetivos consistentes en plazos dentro de los cuales se debe ser titular de la acción para obtener el régimen fiscal de esas rentas. Ese periodo puede ser exigido antes y/o después de la declaración de los dividendos<sup>1270</sup>. Esos criterios objetivos pueden ser fácilmente eludidos, por lo que en algunos Estados han considerado atacar dichas operaciones a través de criterios subjetivos<sup>1271</sup>. Por ejemplo, mediante la atribución de los dividendos

---

<sup>1269</sup> Algunas normas que atacan el lavado de dividendos se concentran en no permitir esta compensación, “castigando” al tercero residente. Sin embargo, en realidad este castigo no se relaciona con la ventaja fiscal, que en este caso es obtenida por la entidad no residente que obtiene un ingreso equivalente económicamente a los dividendos sin tributar como dividendos según la capacidad contributiva valorada por el legislador para las condiciones del receptor. Es justo por la ausencia de vínculo directo entre las desventajas de las normas que evitan deducir las pérdidas en el residente, con las ventajas fiscales obtenidas por el no residente, que no se considera aplicable la justificación de “preservar la coherencia del régimen fiscal” en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, la justificación de tales normativas ha sido encontrada en la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, en la medida en que “el precio de las participaciones que engloba el importe equivalente al crédito fiscal, la concesión de un crédito fiscal o la restitución de un importe equivalente a dicho crédito fiscal al nuevo tenedor de participaciones residente tiene como consecuencia que el tenedor no residente se beneficie indirectamente de un crédito fiscal en concepto del impuesto pagado por la sociedad.” En definitiva, “el artículo 73 B del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando éste adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente. Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos.” TJUE, Sentencia de 17 de septiembre de 2009, asunto C-182/08, caso *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG y Finanzamt München II*.

<sup>1270</sup> En relación con el otorgamiento de la derogada deducción por dividendos en el régimen español. GONZÁLEZ-CUELLAR: p. 187-193. El art. 23 b) LIRPF indicaba desde su modificación por el art. 4 del RD 291/1992, que la deducción no procedía cuando el adquirente de las participaciones cuyos beneficios se han repartido en un plazo de dos meses o a un año tras la adquisición, vende a su vez en el mismo plazo valores homogéneos. Ello generó una polémica en relación con que se entendía por valores homogéneos y que ocurría cuando se (re)vendían menos valores que los inicialmente adquiridos. Polémica que resulta explicada perfectamente por la profesora. El proyecto BEPS ha detectado el abuso del art. 10.2.a) con base en transacciones temporales que permiten gozar de la retención reducida en la fuente por participación sustancial, y en tales casos han sugerido modificaciones para que se exija que la participación se tenga por al menos un periodo de tiempo que se deja abierto a la negociación (OECD 2014b: párr. 41-43). Sin embargo, el citado proyecto no se enfocó en estos casos de lavado de dividendos.

<sup>1271</sup> En Australia la S. 177E permite a la Administración incluir el dividendo que habría sido pagado al vendedor o titular inicial del derecho a obtener un dividendo cuando hay operaciones de “dividend stripping”. La legislación no indicó si se aplicaba a casos de abuso o de forma general, pero la jurisprudencia matizó sus efectos caracterizando tales operaciones de forma similar a como se expone arriba. vid. LOUWINGER: p. 52-53. La jurisprudencia estadounidense ha denegado la aplicación del crédito indirecto previsto para los

directamente al titular inicial, desconociendo la operación descrita en el primer paso. Los problemas de coherencia de esta solución con la definición de dividendos convencional son semejantes a las que se utilizan para los casos de préstamos de participaciones que se analizan a continuación, por ello, en aras de evitar repeticiones y tener sistematicidad, se estudiarán a continuación.

3) Una operación similar a la anterior, pero con elementos que añaden mayor complejidad, son los denominados préstamos de participaciones (*equity securities lending transactions* o repos<sup>1272</sup>). Por lo general, y así se asume a estos efectos, se hace una transmisión de la propiedad de la acción, incluyendo los derechos de disposición, uso, goce y disfrute durante el periodo de duración del préstamo. El titular originario de las participaciones, en este caso el prestamista de la participación, recibe a cambio dinero o un colateral que consiste en una garantía no monetaria (*collateral*). Se suele pactar que el prestamista tiene derecho a un pago sustitutivo de dividendos (*substitute dividend, dividend equivalents, in lieu of payments* o *manufactured dividend*) que equivale a un monto similar al de las distribuciones efectivamente pagadas por la entidad distribuidora<sup>1273</sup>. De forma gráfica las operaciones son las siguientes:

---

dividendos cuando la participación que los genera ha estado poco tiempo en propiedad de una entidad residente y cuando la operación posterior de venta genera pérdidas. Estados Unidos, *U.S. Tax Court*, Caso no. 24238-96, *COMPAQ Computer Corporation and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, Sentencia de 21 de septiembre de 1999. Disponible en: *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>1272</sup> Las diferencias entre las *securities lending transactions* y los repos es bastante sutil, pero en términos generales estos últimos tienen una finalidad de ofrecer financiación en metálico y por el ello el colateral suele ser en dinero, mientras que en los primeros prevalece la intención de prestar los títulos, de manera que el colateral puede ser otro título. Por eso mismo los primeros suelen ser las operaciones comunes sobre las acciones y los segundos sobre títulos de endeudamiento, bonos. Además, en la medida en que los prestamistas en las *securities lending transactions* mantienen un interés en la acción, suele pactarse una opción de compra de los títulos para ejercer los derechos políticos (voto, asistencia a juntas, etc.) que se puede ejercer antes de la liquidación del contrato, lo que no ocurre con el repo que no permite la recompra durante la vida de la operación. vid. International Capital Market Association (ICMA), FAQ on repo, en: <http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/short-term-markets/Repo-Markets/frequently-asked-questions-on-repo/14-what-is-the-difference-between-repo-and-securities-lending/> [consultada el 30 de junio de 2014] Sobre las características y prestaciones usualmente pactadas en estos contratos ver. ISLA, Global Master Securities Lending Agreement (2010). [www.isla.co.uk](http://www.isla.co.uk)

<sup>1273</sup> Estas denominaciones son usadas por: UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 4; HELMINEN 2010: p. 91 y ss.; BLESSING 2012b: p. 121, 122, 126-134; DYPPEL 2014.

Paso 1:



Paso 2:



Paso 3



Cómo se aprecia, en los préstamos de valores los pasos 1 y 3 no representan mayor interés, dado que suelen ser operaciones neutras. Sin embargo, el prestatario de las participaciones sociales, cuando entrega dinero, suele obtener un ingreso que puede ser derivado del descuento con el que compra en el paso 1 y que se materializa en el paso 3, por ejemplo si compra por 90 unidades y vende por 100 unidades. La remuneración de ese sujeto también puede estar dada por una tasa de interés fija o variable calculada sobre el dinero entregado en el paso 1, que puede descontar anualmente del valor de los pagos sustitutos de dividendos o que satisface regularmente durante la duración del contrato. Así mismo, cuando el colateral tenga variaciones en su valor, estas podrán ser reflejadas en el contrato. Cabe agregar que puede haber agentes que administren el contrato de préstamo de valores para facilitar el ejercicio de las prestaciones. Además, ha de resaltarse que existen variadas



razones económicas no fiscales por las que se utilizan este tipo de operaciones<sup>1274</sup>. Dejando de lado el asunto de la remuneración del prestatario por desbordar el objeto de ésta Tesis, interesa ahora calificar el ingreso que recibe el prestamista por los pagos sustitativos de dividendos, así como del prestatario por los dividendos, a la luz de la definición del art. 10.3 MCOCDE (paso 2).

Tal como lo reconoce WHEELER, los estados adoptan variados criterios de atribución, que aplicados a operaciones internacionales pueden dar lugar a supuestos de doble imposición o doble exención<sup>1275</sup>. De ésta manera, aquellos Estados con perspectivas formalistas sobre la atribución de la renta considerarán que los dividendos son los pagados al prestatario en la operación descrita arriba, ya que el mismo es el titular legal de las participaciones y quien tiene derecho a obtener los frutos según el Derecho tributario. Otros considerarán que la renta debe atribuirse a quien tenga derecho a recibir el dividendo, sin más, y también la atribuirán al prestatario<sup>1276</sup>. Sin embargo, otros Estados pueden considerar que los dividendos son pagados al prestamista. Pueden llegar a éste resultado basándose en criterios económicos de atribución<sup>1277</sup> o en normas anti-elusión generales o especiales, como aquellas que permiten ver a los contratos de derivados como un solo instrumento y no de forma separada cada una de sus prestaciones, de forma que el resultado en tales casos es que el prestamista no ha dejado de ser el propietario de la acción<sup>1278</sup>. Finalmente, otros Estados, bajo normas definitorias de dividendos o en aplicación de cláusulas generales anti-elusión podrán considerar que los pagos sustitativos de dividendos son dividendos a todos los efectos<sup>1279</sup>, lo cual puede dar lugar a un efecto cascada de imposiciones<sup>1280</sup>.

---

<sup>1274</sup> vid. HELMINEN 2010: p. 107-109.

<sup>1275</sup> WHEELER 2007: p. 48-50.

<sup>1276</sup> WHEELER 2007: p. 26; DYPPEL 2014: aptdo. 3.

<sup>1277</sup> WHEELER 2007: p. 26; DYPPEL 2014: aptdo. 3.

<sup>1278</sup> PLAMBECK, ROSENBLOOM & RING 1995: p. 667-668; HELMINEN 2010: p. 108-109;

<sup>1279</sup> Recuérdese los comentarios a los supuestos de causa en una *societatis causa*, reconocidos en el art. 25.1 lit. c) LIRPF en España.

<sup>1280</sup> Ello ocurrió en Estados Unidos cuando el *Internal Revenue Service* consideró en 1997 que los pagos sustitativos de dividendos en un préstamo de participaciones debería tener la misma fuente que los dividendos, lo cual causó una reacción de los asesores fiscales que advirtieron la posibilidad del efecto cascada. Por ello se estableció la regla de *foreign-to-foreign* que permite al prestatario descontar en la retención que practica por el préstamo sustitutivo, los impuestos retenidos que se atribuyen al dividendo subyacente. vid. UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 17-21.

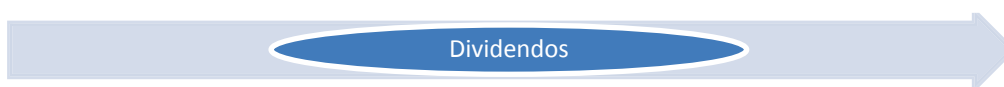
Con lo que se viene exponiendo, tres perspectivas podrían ser tomadas por el Estado de la fuente de los dividendos:



Opción 1:



Opción 2:



Opción 3:



Como se observa, la primera opción considera que los dividendos son aquellas rentas pagadas por la entidad distribuidora de dividendos al titular formal de las participaciones. Si este último tiene derecho a un régimen fiscal más favorable que el prestatario, podrá obtenerse una ventaja fiscal. Para el MCOCDE la atribución al titular de la participación encuadra perfectamente dentro de la definición de dividendos del art. 10.3, aunque pueden presentarse algunas dudas sobre si concurre en el prestatario la condición de ser el beneficiario efectivo, a efectos de conceder la limitación a la retención según el art. 10.2<sup>1281</sup>. Por otra parte, el pago del prestatario al prestamista se calificará conforme a la ley interna según corresponda, pero a estos efectos se asume que en una categoría distinta a los dividendos. Convencionalmente esa renta se calificará como beneficios empresariales (art. 7 MCOCDE) si la actividad que la genera hace parte del negocio regular del prestamista, o como “otras rentas” (art 21 MCOCDE) si no fuere así. En ambos, casos se tributará en el Estado de la residencia, a menos que dicha actividad constituya un EP. No procederá la

<sup>1281</sup> Esto dependerá de la definición de beneficiario efectivo que se adopte. vid. DYPPEL 2014: aptdo. 4.1.

calificación como dividendos según la parte autónoma, puesto que ni el contexto, ni la legislación interna del Estado de la fuente harían considerar que la renta deriva de alguna de las participaciones en una entidad distribuidora referidas en el art. 10.3 del Modelo<sup>1282</sup>. A pesar de que dentro de la segunda parte de la definición podría encuadrar, pues se trata de otro derecho, y suponiendo que no es de crédito, lo cierto es que el mismo debe ser emitido por la entidad distribuidora, y ello no ocurre en este caso. Como lo reconoce correctamente DYPPEL, la doctrina a pesar de sus diferencias, concuerda en que el derecho del que deriva la renta ha de ser emitido por la sociedad<sup>1283</sup>.

La segunda opción parece no encontrar problemas con la definición de dividendos, en la medida en que, como se ha repetido varias veces en este trabajo, la definición de dividendos no prejuzga la atribución, aunque requiere que las rentas sean pagadas en virtud de la participación social<sup>1284</sup>. El entendimiento de un significado autónomo contenido en el artículo 10 del Modelo relativo al nexo causal, en este punto no aporta más que problemas. Ejemplo de ello se encuentra en las dificultades que encuentra la doctrina para justificar que una renta ficticia atribuida al prestamista se encuadra dentro del art. 10.3 del Modelo. Los autores han debido justificar que es un caso excepcional, que el CDI debe aceptar las normas anti-elusión internas expresamente o el Estado admitir los CMOCDE de 2003 sobre el *factual approach*<sup>1285</sup>, que el receptor debió haber sido titular de acción en el pasado<sup>1286</sup>, o que ficticiamente por aplicación de la norma anti-elusión no se haya transferido la participación<sup>1287</sup>, y en fin, una serie de matizaciones que son irrelevantes, pues la definición de dividendos del Modelo es suficientemente amplia. Por ello, no se puede estar de acuerdo con la posición de DYPPEL quien justifica que si el Estado de la fuente considera al prestatario como propietario de la acción, pero atribuye la renta al prestamista, ese flujo de recursos no será calificado como dividendos a efecto del art. 10 del MOCDE<sup>1288</sup>.

---

<sup>1282</sup> HELMINEN 2010: p. 113. . DYPPEL 2014: aptdo. 4.3.

<sup>1283</sup> DYPPEL 2014: aptdo. 4.2., hacienda referencia a: AVERY JONES et al 2009: p. 23-23; PIJL 2011: p. 493; BLESSING 2012: p. 128;

<sup>1284</sup> Esta idea es asumida en el reciente trabajo de HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.4.2. “A dividend distributed by a company with regard to share rights held against it is, nevertheless, a “dividend” even though it is not received by a shareholder as such.”

<sup>1285</sup> HELMINEN 2010: p. 111-113.

<sup>1286</sup> VOGEL 1997: párr. 192, art. 10.

<sup>1287</sup> DYPPEL 2014: aptdo. 4.3.

<sup>1288</sup> DYPPEL 2014: aptdo. 4.3.

Ahora bien, la tesis de la asunción del riesgo de la empresa como criterio esencial de la definición de dividendos del MCOCDE tampoco ayuda. Para los profesores ZORNOZA & BÁEZ los casos de *dividend stripping* corregidos por vía de la aplicación de una norma anti-elusión, o de la propia interpretación de las normas de atribución, pueden ser admitidos por el concepto de dividendo previsto en el artículo 10.3 MCOCDE, ya que el criterio de la asunción del riesgo empresarial permitiría entender que el titular inicial de las participaciones sociales en realidad participó o participa de dicho riesgo y, por consiguiente, se le pueden atribuir las distribuciones de dividendos<sup>1289</sup>. Sin perjuicio de que se pueda estar de acuerdo con el resultado del argumento de los profesores españoles consistente en que es perfectamente posible calificar dentro del art. 10.3 MCOCDE los pagos realizados al titular inicial en una operación de préstamo de valores o de venta con pacto de retroventa, la fundamentación en el criterio del riesgo presenta dudas. Será posible que dada la configuración del contrato el titular inicial soporte realmente el riesgo de la empresa cuando esté obligado a compensar al prestatario en el evento de que haya rendimientos menores a lo previsto, o a dar garantía en caso de iliquidez de la entidad distribuidora, etc. Sin embargo, si se sigue la posición de VOGEL<sup>1290</sup>, el titular inicial en principio no asumiría una participación en el remanente de la liquidación, o al menos no de forma directa, sino por medio de una obligación distinta al contrato de asociación de la entidad distribuidora, con lo cual no habría una relación generadora de dividendos. Finalmente, si en realidad la asunción del riesgo es el criterio que fija el nexo requerido por el CDI entre la participación y la renta, habría que preguntarse: ¿cuando debió haberse asumido el riesgo? ¿Durante el periodo fiscal? y si se distribuyen los beneficios acumulados ¿debió haberse asumido el riesgo durante el periodo en que se acumularon? Más aún, ¿durante cuánto tiempo debió haberse asumido el riesgo para que exista ese nexo?<sup>1291</sup> Parece que estos asuntos son de exclusiva competencia del legislador nacional y

---

<sup>1289</sup> ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 44.

<sup>1290</sup> VOGEL 1997: párr. 189, art. 10.

<sup>1291</sup> Vienen a cuento las dificultades que presenta el diseño del sistema de integración en cuanto a la imputación temporal, ya que son precisamente los mismos problemas que se destacan al interpretar las reglas de atribución de los dividendos, pero desde la perspectiva de *lege lata*. El profesor RUIZ GARCÍA destaca que: “La opción por el sistema de integración exige también resolver cómo debe efectuar la imputación temporal del beneficio al socio, A este respecto son pensables dos posibilidades. Cabe en primer lugar que la participación se realice a quien resulte ser titular de la participación en el día fijado por la ley con la

que la definición convencional no los debería restringir. Al menos no al nivel de un Modelo de convenio.

Ahora, la tercera opción de atribución presenta mayores problemas. Dejando de lado los pagos de la entidad distribuidora al prestatario que, como se ha dicho, no tienen dificultades en torno a su calificación en el artículo 10 del Modelo, interesa ahora analizar la calificación convencional de los pagos realizados por el prestatario al prestamista. Cómo se observa, el ejemplo presupone que son incluidos en la categoría de renta de los dividendos o de remuneraciones de los fondos propios interna por una norma definitoria o por una recalificación basada en normas antiabuso, y que recibirán el mismo tratamiento tributario que las rentas de las acciones. De tal forma, bajo el MCOCDE habría que analizar si son pagos realizados en virtud de una “participación social”, es decir, si tienen una *societatis causa*. Es evidente que la causa inmediata de la renta es el contrato de préstamo de valores y a lo sumo habría una causa mediata. Además, el derecho del cual derivan las rentas no ha sido emitido por la entidad distribuidora<sup>1292</sup>, incluso, no ha sido pagado por dicha entidad. Bajo los CDI con definiciones de dividendos con remisiones amplias al Estado de la fuente, es evidente que el pago sustitutivo deriva de “otros derechos”, pero el contexto podría requerir el mismo se tenga contra la entidad distribuidora, no frente a un tercero, lo cual da lugar a una inseguridad jurídica que puede causar conflictos de calificación<sup>1293</sup>. Conforme a los Tratados con remisiones amplísimas los pagos sustitutivos de dividendos serán “rentas”,

---

peculiaridad de que la cantidad imputada es la correspondiente a todo el ejercicio social; esta opción presenta mayor sencillez en su aplicación, pero puede dar lugar a manipulaciones. Una segunda posibilidad consiste en efectuar una imputación *pro rata temporis*; en tal hipótesis el beneficio se imputa a los socios en proporción al período del tiempo en que han sido titulares de la correspondiente participación social durante el ejercicio económico no es preciso insistir en las dificultades que la opción por esta segunda posibilidad conlleva.” RUIZ 1991: p. 66-67. ¿Qué decidió el legislador? Y si a sabiendas de los casos de elusión decidió una eficiente regla objetiva como la primera, ¿Puede haber abuso de la misma por hacer lavado de dividendos?

<sup>1292</sup> DYPPEL 2014: aptdo. 4.2. Es ilustrativo de esta idea el caso finlandés no. KHO:2002:71, de 6 de noviembre de 2002, estudiado por la Corte Suprema Administrativa -*Korkein Hallinto-oikeus*-(disponible en *Tax Research Platform*, IBFD) en el que se discute la calificación como dividendos (art. 10) u otras rentas (art. 21) del pago realizado por un banco depositario de las acciones de una compañía finlandesa cotizada a un residente en Canadá por el no registro de la propiedad de las acciones a tiempo, de forma que el canadiense no tuvo derecho a los dividendos, pero recibió a cambio un pago sustitutivo. El juzgador entendió, en la misma línea que la Administración, que si bien la ley interna contemplaba los pagos sustitutivos de dividendos, a efectos del CDI se debía calificar el rendimiento como “otras rentas” y de acuerdo con el CDI respectivo procedía una retención en la fuente que el banco no practicó. Como se observa, en este caso la fuente del pago es de carácter indemnizatorio, si se quiere, de responsabilidad contractual, pero no proviene de la participación social directamente.

<sup>1293</sup> HELMINEN 2010: p. 114.

por lo tanto, la calificación como dividendos procedería. El hecho de que la tercera parte de la definición se refiera a la “sociedad que hace la distribución”, en forma alguna requiere que sea dicha entidad la que realice el pago, pues únicamente se menciona a efectos de comparar el régimen de imposición. Sin embargo, cuando el prestatario no sea una “sociedad”, por más que la definición incluya esos pagos como dividendos, no podrán ser calificados dentro del artículo 10.1 que exige que sean pagados por una “sociedad”. Por ello, se ha recomendado que los países que adopten esta perspectiva deban incluir los ingresos sustitutivos de dividendos dentro de la definición del art. 10.3, y aclarar que pueden no ser pagados por una sociedad<sup>1294</sup>.

El caso *Royal Bank of Scotland* en Francia resulta ilustrativo para detallar la posición sentada arriba. Allí se analizó un supuesto en el que una sociedad residente en Estados Unidos constituye un repo con el citado banco residente en Reino Unido, mediante el cual transfieren las acciones de su filial francesa. Bajo este esquema se pretendía obtener la ventaja contenida en el art. 9.7 del CDI entre Francia y el Reino Unido consistente en la concesión a los residentes en este último Estado del denominado *avoir fiscal*. Se discutió en el proceso si el citado banco era el beneficiario efectivo de los dividendos y si era aplicable el Tratado. El *Conseil d'Etat* concluyó que el banco era simplemente un prestamista dado que el contrato hacía que el riesgo del pago de dividendos por parte de la subsidiaria recayera sobre la matriz estadounidense, y se había pactado que era un mero préstamo de las participaciones a 3 años, de forma que no podría ser considerado propietario o beneficiario efectivo de los dividendos<sup>1295</sup>. Tal como lo observa DE BROE, el *Conseil d'Etat* no deja muy claras las razones para negar la concesión del *avoir fiscal*, pero se podría inferir que se considera que la renta obtenida por el banco no se caracteriza como dividendos, sino como intereses derivados de un préstamo de dinero garantizado con la transferencia de las participaciones y con el derecho a pagarse con los rendimientos de las mismas<sup>1296</sup>. Es decir, el juzgador estaría admitiendo tácitamente que la renta no es un dividendo por carecer de una *societatis causa*, pues el ingreso del banco se deriva de una

---

<sup>1294</sup> HELMINEN 2010: p. 112.

<sup>1295</sup> Francia, Sentencia de 29 de diciembre de 2006, Caso 283314, Disponible en: [www.ibfd.com](http://www.ibfd.com) tax treaty cases. Comentarios sobre la sentencia en: BLESSING 2012b: p. 151;

<sup>1296</sup> DE BROE 2008: párr. 479.

causa en otro contrato más inmediato que es el del préstamo de acciones. De este modo, Francia, como Estado de la fuente, estaría delimitando el nexo entre la renta y la participación a partir de una doctrina anti-abuso (*fraude à la loi*) que no se ve limitado por el concepto de dividendo convencional.

4) La utilización de contratos o instrumentos derivados de participaciones en entidades (*equity derivatives*) puede agregar mayor complejidad a los supuestos de lavado de dividendos que se vienen estudiando. Aunque puedan tener muchos motivos económicos válidos<sup>1297</sup>, su utilización no solo puede afectar al régimen de los dividendos previsto por las normas del Estado de la fuente<sup>1298</sup> y de la residencia<sup>1299</sup>, sino también al contenido en los CDI con el objeto de repartir el poder tributario. En términos generales, los derivados de instrumentos de capital pueden definirse como aquellos negocios en el que una o ambas partes adquieren obligaciones de vencimiento futuro, cuyo rendimiento se liga a la evolución de un subyacente, que puede ser una participación en una entidad, o una cesta de participaciones. Eventualmente, también pueda incluir un índice o una cesta de índices<sup>1300</sup>. Lo que caracteriza a los derivados es su vínculo con el valor de un subyacente, por lo cual, los préstamos de participaciones analizados atrás podrían ser considerados derivados en

---

<sup>1297</sup> Por ejemplo: reducir el riesgo que suponen los planes de remuneraciones con opciones; reducir la volatilidad de las acciones propias (*share buy-back programe*); reducir costes de la transacción cuando la compraventa del subyacente supone mayores gastos; evitar restricciones regulatorias en otro Estado; monetarizar participaciones con restricciones de venta (cláusulas de *lock-up*, depósitos en garantía) MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 136.137. El Senado de Estados Unidos reconoce los siguientes: facilitar los flujos de capital, reducir las necesidades de capital y difuminar el riesgo. UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 4.

<sup>1298</sup> En relación con la retención en la fuente del 30% sobre los dividendos pagados a no residentes de Estados Unidos se ha discutido la diferencia que existe con la regla de fuente prevista para los contratos con un principal nocial (*notional principal contracts*), como los derivados, en los que cualquier pago bajo tales negocios debe ser gravados por el Estado de residencia de la persona que recibe el pago. vid. UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 1 y ss., 16

<sup>1299</sup> Los problemas que plantean los derivados en el Derecho tributario son variados y exceden ampliamente el propósito de éste trabajo. Parece oportuno dejarlos a un lado citando algunos estudios realizados al respecto: OECD 1997; VILLARROIG 1998; PLAMBECK, ROSENBLOOM & RING 1995. En Países Bajos se ha entendido que el régimen de exención por participación sustancial también puede aplicar para “bonos convertibles y opciones de compra e instrumentos similares que den derecho a adquirir acciones en prestatario, luego cualquier incremento en el valor del derecho de conversión (opción) estará cubierto por la exención por participación sustancial, siempre y cuando las acciones relevantes califiquen para la exención por participación sustancial. Incluso si el instrumento relevante diera derecho al tenedor a una participación igual o menor al 5%, la exención aplicaría a cualquier ganancia de capital si el tenedor del derecho de opción ya tuviera la participación requerida.” LOWINGER 2008: p. 14

<sup>1300</sup> vid. MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 27 y ss.; Una conceptualización a efectos tributarios: OECD 1997: párr. 4.

cuanto hace a la obligación de revender el instrumento<sup>1301</sup>. Los derivados pueden ser contratos que se negocian generalmente *Over The Counter*, o instrumentos financieros que se transan en bolsas o mercados centralizados y regulados. En éstos últimos el riesgo de incumplimiento suele ser mucho menor. Los derivados pueden ser independientes, o estar ligados a otras obligaciones o valores negociables. Los tres tipos básicos de derivados son las opciones, los futuros y los *forward*; sobre éstos se construyen contratos o instrumentos más complejos como los *swaps*, *caps*, *floors* o *collars*<sup>1302</sup>.

En relación con los CDI, los derivados presentan también varios problemas que van más allá del propósito que se ha trazado esta Tesis. Bajo la utilización de derivados, en especial los derechos económicos en una entidad, en concreto a participar en los beneficios anuales y en el remanente de la liquidación, pueden ser trasladados por el titular inicial de la participación a un tercero. Por ejemplo, en un *total default swap*<sup>1303</sup> el titular de la participación social (*total return payer* o parte con la posición larga) puede obtener de la parte con la posición corta (*total return receiver*) un flujo de caja compensatorio en caso de que haya pérdidas patrimoniales y los dividendos sean menores a un monto estimado (*floor*); mientras los incrementos o dividendos superiores a lo preestablecido benefician a la parte con la posición larga. Un instrumento de capital puede ser deconstruido para reconocer diferentes componentes de valor<sup>1304</sup>, por ejemplo el rendimiento y la inversión principal. Sobre esa base, por ejemplo, en un *price return swap* sólo el beneficiario sólo tiene derecho sobre los cambios positivos o negativos en el valor de la inversión, es este caso, la participación<sup>1305</sup>. Estas operaciones pueden contener límites por los que se responda, que pueden ser techos o máximos (*cap*), pisos o mínimos (*floor*) o una combinación de los dos (*collars*). Pues bien, cuando se tiene un derivado que traslada el

---

<sup>1301</sup> HELMINEN 2010: p. 115.

<sup>1302</sup> Tampoco es el propósito de éste trabajo describir el régimen jurídico privado y regulatorio de las tipologías de derivados, sino tan sólo atizar las características que algunos de dichos instrumentos pueden tener y, como estas causan problemas de calificación de las rentas o beneficios, en el marco del art. 10.3 MCOODE. Sobre el régimen legal de los derivados de participaciones en entidades (*equity derivatives*): vid. MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 27 y ss.; Una conceptualización a efectos tributarios: OECD 1997: párr. 4. Una descripción general en: HELMINEN 2010: p. 115-122.

<sup>1303</sup> Se define por la *International Swaps and Derivatives Association, Inc.* de la siguiente forma: “agreement in which one party (total return payer) transfers the total economic performance of a reference obligation to the other party (total return receiver).” vid. <http://www2.isda.org/> [consultada el 14 de julio de 2014]

<sup>1304</sup> HELMINEN 2010: p. 118.

<sup>1305</sup> MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 28



riesgo del titular formal de una participación sobre el activo y su rendimiento, o uno de éstos, podría dudarse de la concurrencia en dicho sujeto de la calidad de beneficiario efectivo<sup>1306</sup>.

Dejando de lado los problemas que versan sobre el ámbito subjetivo de aplicación del CDI, que se da por supuesto en este trabajo, adquiere relevancia determinar si flujos de caja realizados en virtud de un derivado, pueden ser considerados como dividendos a efectos del artículo 10.3 de los CDI. Generalmente, los derivados del tipo que venimos comentando contienen tres clases de pagos: a) periódicos; b) no periódicos; y c) de terminación<sup>1307</sup>. En principio, los desembolsos hechos en virtud de derivados de participaciones (*equity derivatives*) tendrían una causa en una *societatis causa*, que es más próxima en el caso en que el subyacente sea el rendimiento directo de una participación, pero que se aleja gradualmente si lo es una cesta de participaciones, un índice o una cesta de índices. En todo caso, se trata de activos que no darían lugar a dividendos, pues los derivados no suelen ser definidos por la legislación interna como alguna de las participaciones mencionadas en el art. 10.3 MCOCDE, ni son derechos que se tengan frente a una entidad distribuidora (*host company*<sup>1308</sup>) por participar en su fondos propios. Son simplemente pagos que derivan de un contrato aleatorio con subyacente en una participación en una entidad. De forma general, los pagos hechos en virtud de un derivado calificarían como beneficios empresariales (art. 7 MCOCDE) u otras rentas (art. 21 MCOCDE) según el caso<sup>1309</sup> y, si existe enajenación de derechos, como ganancias de capital (art. 13 MCOCDE)<sup>1310</sup>.

---

<sup>1306</sup> La jurisprudencia Suiza ha concluido que en tales casos el titular no sería el beneficiario efectivo. vid. CARELLI 2012. Switzerland - Case A-1246/2011, 23 July 2012; Switzerland - Case A-6537/2010, 7 March 2012. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>1307</sup> HELMINEN 2010: p. 117.

<sup>1308</sup> Según la terminología usada por el derecho privado, financiero y de los mercados regulados para hablar del fenómeno del *decoupling*, se entiende por *Host Company* la entidad sobre la cual se tienen las participaciones que se consideran como subyacente. MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 134.

<sup>1309</sup> Las *Technical Explanations* al MCEUA de 2006 indican en relación con el artículo 21: "The article would also apply to income from a variety of financial transactions, where such income does not arise in the course of the conduct of a trade or business. For example, income from notional principal contracts and other derivatives would fall within Article 21 if derived by persons not engaged in the trade or business of dealing in such instruments, unless such instruments were being used to hedge risks arising in a trade or business." párr. 296.

<sup>1310</sup> HELMINEN 2010: p. 123.

Sin embargo, los derivados pueden ser utilizados para evitar la imposición en el Estado de la fuente que correspondería al no residente si éste fuere titular de la participación, lo cual se lograría si se obtiene la calificación convencional recién mencionada, y a menos que constituya un EP. La reducción de la retención en la fuente se lograría mediante un *total default swap* u otro tipo de *syntetic equity*, es decir, por medio de derivados mediante los cuales las variaciones en el valor o la rentabilidad de una participación se reflejen en sincronía en los pagos que deben hacerse a un tercero ajeno a la relación socio-sociedad<sup>1311</sup>. Puede ocurrir entonces que exista una posición de “accionista oculto” (*hidden or morphable ownership*)<sup>1312</sup>, que a efectos tributarios sea “revelado” por medio de doctrinas o normas anti-abuso como la de *look through approach*. En tales casos, al igual que en para el préstamo de valores, la atribución de la renta al “accionista oculto” no está limitada por la definición de dividendos del MCOEDE.

El problema de nuevo es determinar si los pagos sustitutos de dividendos hechos por el titular de la acción, a quien se ha llamado a efectos expositivos “accionista oculto”, pueden ser calificados como dividendos bajo un CDI. Con la redacción del Modelo OCDE no es posible, pues por más de que sea un derecho a participar en beneficios, el mismo no se tiene en la entidad distribuidora. Incluso, lo mismo podría decirse de aquellas definiciones que incluyan “cualquier otro acuerdo que de derecho a participar en los beneficios”. Por el contrario, en aquellos tratados con redacciones amplísimas como el MCEUA es perfectamente posible calificarlos como dividendos, y resulta de nuevo discutible si las definiciones que usan las palabras “otros derechos” en la remisión se refieren a derechos en la entidad o no. Asumiendo que no, la renta se enmarcaría en la definición de dividendos, pero el artículo 10 podría no aplicar, pues su primer párrafo exigiría que el titular formal de la acción, que es quien paga los dividendos sustitutos, sea una “sociedad” y no un sujeto

---

<sup>1311</sup> El asunto presenta una importancia enorme en términos recaudatorios, en especial para países con sistemas clásicos, tal como fue demostrado por el Senado estadounidense a la luz del estudio de 6 casos de utilización de derivados para eludir la imposición de sujetos no residentes o nacionales en ese país que obtenían dividendos de participaciones en sociedades de ese país. UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 1 y ss.; HELMINEN 2010: p. 117 y ss.

<sup>1312</sup> “A través de un contrato de derivado es posible que un inversor tome la posición de “accionista oculto” detrás del “accionista formal” titular de un paquete de acciones, que sirven como subyacente del contrato de derivado financiero del que ambos son partes contratantes.” MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 28

tributario de distinta naturaleza<sup>1313</sup>. Obviamente el resultado de esta aplicación resulta absurdo por distinguir entre situaciones perfectamente idénticas a los efectos de la finalidad fiscal, como sería cuando el pago sustitutivo se paga una persona física o a una sociedad. Por ello, parece razonable que si esta es la decisión del Estado, se adopten no solo modificaciones al párrafo 3 del art. 10 del MCOCDE, sino también al párrafo primero.

De nuevo el criterio de la participación en el riesgo empresarial en la entidad distribuidora puede generar más problemas que soluciones, ya que económicamente el titular de la posición corta en un *total default swap* es quien soporta todos los beneficios y pérdidas del periodo, e incluso, de la liquidación de la entidad.

5) Mediante la venta de las participaciones a una entidad vehículo que posteriormente se fusiona con la entidad distribuidora. Como punto de partida ha de recordarse que la mera venta de las participaciones sociales se califica como ganancias de capital según el art. 13.5 MCOCDE y no da lugar dividendos de acuerdo al art. 10.3 MCOCDE. Sin embargo, resulta discutible si el Estado de la fuente podría gravar como dividendos las ganancias de capital realizadas al momento de la venta de las participaciones, bajo la aplicación de una norma o doctrina general anti-elusión. El caso *RMM Canadian Enterprises v. The Queen* visto por la *Tax Court* de Canadá permite exponer el problema. Se trata de una sociedad estadounidense (USC) que vende su participación en una entidad canadiense (EDD) a una entidad interpuesta residente en Canadá (RMM). El objeto de la planeación era permitir a la USC obtener los beneficios acumulados en la EDD y continuar con las operaciones en Canadá. Simplificando los hechos para destacar lo que interesa a éste trabajo, RMM adquiere las participaciones de USC en EDD, apalancándose en un préstamo concedido por un banco estadounidense y garantizado con las participaciones de EDD. Posteriormente se fusiona RMM y EDD, y con el dinero en caja de ésta última se paga el préstamo. El juzgador, al analizar la calificación convencional de los elementos de renta obtenidos por USC justificó que no se trataba de una ganancia de capital, pues la “enajenación” de propiedad que se cobija por el artículo de ganancias de capital del CDI entre Canadá y Estados Unidos eran las genuinas y no las que se presumían ser dividendos bajo la

---

<sup>1313</sup> vid. HELMINEN 2010: p. 124.

aplicación de la norma anti-elusión canadiense<sup>1314</sup>. Además de lo anteriormente dicho, que parece ser *obiter dictum*, lo cierto es que sólo por la redacción de la definición del artículo X.3 del Tratado se admitió un entendimiento tan amplio de la definición de dividendos, pues la remisión no se condiciona a que se trate de participaciones sociales o de otros derechos, sino que comprendía a todas las “rentas sujetas al mismo tratamiento fiscal que las rentas de las acciones...”<sup>1315</sup> En cualquier caso, consideró que USC obtuvo dividendos de EDD.

HATTINGH ha entendido que esta sentencia debe ser leída con detenimiento, pues no pretende decir que la definición de dividendos convencional por sí misma permita la recalificación, sino que exige precisamente que el Estado de la fuente, según su legislación interna contenga una norma que lo permita. Además, afirma el autor que no podrían aplicarse sus argumentos y conclusiones para comprender “los efectos de re-caracterizaciones presuntas bajo el derecho interno tributario, como cuando un criterio objetivo genera la re-caracterización de una transacción sin importar si están presentes o no los motivos de abuso o elusión”<sup>1316</sup>. Es decir, el autor surafricano precisa delimitar entre cláusulas subjetivas anti-elusión y aquellas que contienen criterios objetivos, pues sólo las recalificaciones establecidas con base en las primeras serían consideradas como dividendos<sup>1317</sup>. No parece, sin embargo, que una regla así derive de la definición de dividendos, y ni siquiera de los Comentarios introducidos en el 2003 sobre el *factual approach* que en ocasiones no distinguen entre cláusulas generales y especiales.

Bajo la redacción del MCOCDE habría que indagar si la renta es “de otras participaciones sociales”, ya que el Estado de la fuente sujeta a las ganancias de capital al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones, gracias a la aplicación de una norma anti-elusión. Es evidente que el entendimiento de la palabra “renta” bajo la tesis de los frutos, no tiene asidero a nivel convencional. Además, existe una participación social de USC en la EDD

---

<sup>1314</sup> ARNOLD & VAN WEEGUEL 2006: aptdo.. 5.4.3.

<sup>1315</sup> Canadá, Tax Court, Sentencia del 10 de abril de 1997, caso número: 94-1732(IT)G and 94-1753(IT)G entre *RMM Enterprises Inc. and Equilease Corporation vs. Her Majesty the Queen*. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>1316</sup> HATTINGH 2009: p. 520.

<sup>1317</sup> HATTINGH 2009: p. 520.

previa a la operación declarada fraudulenta. Por ello, ha de entenderse que el artículo 10 del Modelo al referirse a las rentas de las participaciones, se refiere tanto a los rendimientos ordinarios, como a los extraordinarios por la enajenación de la participación, siempre que exista una reducción de los activos o del patrimonio de la entidad. En consecuencia, existe una concurrencia entre el art. 10.3 y 13.5 MCOCDE, que se soluciona de acuerdo a cómo el Estado de la fuente decida gravar la ganancia por la enajenación. Si lo sujeta a imposición como renta de las acciones, se calificará a efectos convencionales como dividendo, y de lo contrario, como ganancias de capital. Por ello, si el caso *RMM Enterprises Inc.* citado hubiese versado sobre el texto del MCOCDE, la respuesta posiblemente habría sido igual.

Nótese, sin embargo, que se podría argumentar que el negocio jurídico que produce la renta es la venta de la participación y, en principio su causa es tal contrato y no la cuota en el capital de la entidad<sup>1318</sup>. Esto en alguna medida se parece al supuesto de los préstamos de valores donde se ha concluido que los pagos sustitativos no se pueden calificar como dividendos a efectos de los CDI. No obstante, existe una diferencia entre ambos supuestos, ya que en la venta de la participación la renta encuentra su causa en la enajenación de la misma, a diferencia del pago sustitutivo de dividendos en el préstamo de valores donde el nexo con la participación es indirecto.

Una segunda cuestión problemática del resultado interpretativo defendido atrás, es que la entidad distribidora no es quien paga los dividendos. En relación con la definición del art. 10.3 del Modelo eso no presenta problemas, ya que la definición se refiere a la entidad distribidora remitiendo al derecho interno. En el caso *RMM Enterprises Inc.* es evidente que la entidad es EDD y que en ella USC tuvo una participación social hasta antes de la operación fraudulenta, e incluso, se mantiene una participación indirecta e interés económico, ya que se pretendía continuar con una parte importante de los negocios de la

---

<sup>1318</sup> De algún modo esa ha sido la posición del *Hoge Raad* en varias sentencias de los años 1993 a 1995 que ya anticipábamos, en donde se considera que no pueden ser recharacterizados como dividendos las ganancias derivadas de la enajenación de las participaciones en una entidad a una sociedad vehículo. *Hoge Raad* 15 December 1993, BNB 1994/259; *Hoge Raad* 29 June 1994, BNB 1994/293; *Hoge Raad* 29 June 1994, BNB 1994/294; *Hoge Raad* 3 July 1991, BNB 1991/248; *Hoge Raad* 8 January 1986, BNB 1986/127; *Hoge Raad* 28 June 1989, BNB 1990/45; *Hoge Raad* 18 May 1994, BNB 1994/252; *Hoge Raad* 15 March 1995, BNB 1995/150. vid. Editors note al caso del *Hoge Raad* no. 36.773 de 6 de Diciembre de 2002. *Tax Research Platform*, IBFD.

entidad, de modo que se puede inferir que Canadá construye un nexo de *societatis causa* a través de su norma general antiabuso que no se encuentra limitado por el CDI. Además, en este punto es claro que la entidad distribuidora pierde activos a favor de su anterior socio mediante operaciones calificadas de artificiosas por la legislación interna.

Así las cosas, en relación con el art. 10.1 MCOCDE se debe analizar si el dividendo es pagado por una sociedad. En el supuesto analizado, evidentemente RMM es una sociedad que paga a USC el precio de las participaciones, el mismo que incorpora un componente de distribución de beneficios, de manera que no habría problemas. Suponiendo que el adquirente de las acciones hubiese sido una persona física, formalmente los dividendos no habrían sido pagados por una sociedad y por lo tanto el artículo de dividendos no aplicaría, abriendo el paso a los artículos 7 o 21 del MCOCDE, según el caso, y, de todos modos, pudiendo limitar la pretensión impositiva del Estado de la fuente de los dividendos. Todo dependerá de los detalles de la recalificación promovida por las normas o doctrinas anti-elusión. Habría menores problemas si se supusiera que se trató de una distribución de los beneficios de la EDD a USC, por intermedio de RMM, que si se recalifica sólo el pago del precio de la venta de la participación como dividendos.

### **3.4.2. RENTAS DE LA LIQUIDACIÓN**

Se ha mencionado en varias ocasiones que económicamente los beneficios de la sociedad pueden ser obtenidos por los socios sin que haya una distribución de dividendos en términos mercantiles. Precisamente esto ocurre cuando hay una liquidación total de la sociedad o parcial de las participaciones (compra de acciones para la amortización, separación del socio y reducciones de capital con devolución de aportaciones<sup>1319</sup>), pues el resultado de restar al ingreso (cuota de liquidación o valor de la amortización de la participación) el monto invertido por el socio (valor nominal de la participación) suele corresponder a las utilidades no distribuidas acumuladas como reservas y las plusvalías tácitas, que en últimas son una suerte de dividendos retenidos. Sin embargo, a pesar de esa

---

<sup>1319</sup> Recuérdese que las reducciones de capital cuyo objeto sea compensar los dividendos pasivos (capital suscrito pero no pagado), incrementar de la cuenta de reservas o compensar pérdidas acumuladas no suponen ninguna erogación por parte de la sociedad y no suelen tener efectos para el socio. vid. GARCÍA BERRO 2014: p. 204 y ss.; GARCÍA NOVOA 2013: p. 5-9.

similitud, se ha afirmado que es difícilmente justificable, desde una perspectiva económica, gravar a las plusvalías obtenidas en la liquidación como renta ordinaria (dividendos), y que parece más razonable sujetarlas como ganancias de capital, permitiendo así realizar ajustes de valoración, de indexación o asignando tipos impositivos menores<sup>1320</sup>. Además, una diferencia importante con los dividendos es que mientras en la liquidación generalmente se produce una extinción o variación en la condición de socio, en las distribuciones de dividendos ello no ocurre<sup>1321</sup>. Pues bien, hay jurisdicciones donde prevalece la perspectiva de la similitud económica, y otras donde se aprecia más la necesidad de aplicar elementos del hecho imponible diferentes a los ingresos de las liquidaciones y a la renta ordinaria. Gracias a estas dos perspectivas, la fiscalidad de las liquidaciones totales o parciales de participaciones sociales es diversa a nivel mundial.

Por lo anterior, los ingresos pueden ser gravados como ganancias de capital, dividendos o ser declarados exentos<sup>1322</sup>. Los problemas de calificación no tienen relevancia práctica a nivel interno cuando los ingresos de la liquidación son calificados como ganancias de capital y su régimen fiscal es igual o muy similar al establecido para los dividendos. Sin embargo, cuando resulte de aplicación un CDI si habrá cuestiones como se explicará adelante. Ahora bien, cuando el régimen fiscal de los dividendos y de las ganancias de capital es diferente, la distinción empieza a ser compleja, y puede dar lugar a esquemas de planeación fiscal para captar las normas que resulten más favorables. Por ejemplo, en las liquidaciones parciales cuando existe una recompra de acciones por parte de entidad emisora, o una amortización del capital suscrito que opera de forma proporcional, manteniendo el porcentaje de participación y los derechos de voto de cada socio o accionista, se lograría distribuir los beneficios mediante la enajenación de los derechos que serían calificados como ganancias de capital<sup>1323</sup>. En estos casos, aún cuando la liquidación parcial o la venta de participaciones sociales se grave de ordinario como ganancias de

---

<sup>1320</sup> VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 55-56.

<sup>1321</sup> HELMINEN 2010: p. 224.

<sup>1322</sup> VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 37 y ss.

<sup>1323</sup> VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 43. HELMINEN 2010: p. 223 y ss.; RUST 2013: aptdo. 5.3. El TJUE juzgó que no hay discriminación *per se* en una regla que considera la recompra de acciones por parte de residentes como ganancias de capital sujetas al 30% y con derecho a deducir gastos, mientras que la misma operación realizada por no residentes se califica como dividendos gravados al 15% sobre el ingreso bruto; en tal caso el TJUE deja en manos del juzgador nacional determinar si en el caso concreto si hay discriminación. TJUE, 19 de enero de 2006, Caso C-265/04, *Margaretha Bouanich v. Skatteverket*.

capital, algunos ordenamientos recalifican estos ingresos como dividendos a través de normas o doctrinas anti-elusión, reconociendo así un mismo efecto económico como es la participación en los beneficios de la entidad, a pesar de ser operaciones formalmente distintas<sup>1324</sup>.

En la medida en que los estados contratantes pueden adoptar diferentes perspectivas para calificar el ingreso derivado de la liquidación de la sociedad, es muy probable que se presenten conflictos de calificación al nivel del Tratado, pues algunos lo considerarán dividendos (art. 10.3 MCOCDE), mientras que otros ganancias de capital (art. 13.5 MCOCDE). Producto de esto se puede generar doble imposición jurídica y económica<sup>1325</sup>, así como doble no imposición. A continuación expondremos cómo el artículo 10 MCOCDE permite solucionar algunos de estos conflictos.

Las liquidaciones totales, las liquidaciones parciales a través amortizaciones de las participaciones sociales, las ventas o enajenaciones de las mismas o los intercambios de acciones en una reorganización empresarial<sup>1326</sup>, califican generalmente como una ganancia regulada en el artículo 13.5 MCOCDE. De tal forma, el Estado de la fuente (residencia de la entidad distribuidora) debería desgravarla totalmente. Al tiempo, el artículo 10.3 MCOCDE considera como dividendos a las rentas de participaciones sociales sujetas o no al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones. Aunque haya quienes consideren que mientras se enajene la participación no se recibe la renta por la posición de socio o

---

<sup>1324</sup> Por ejemplo, en España, a pesar de que la reducción de capital con devolución de aportaciones inicialmente se consideraría una variación del patrimonio por la alteración de su composición y en ese sentido constitutiva de ganancias o pérdidas patrimoniales, el art. 33.3 LIRPF establece reglas especiales que señalan que el monto de la devolución disminuye el valor de adquisición hasta anularlo y el exceso se grava como rendimientos del capital mobiliario. Si esos importes derivan de beneficios no distribuidos por la entidad se gravarán como dividendos según el art. 25.1 lit. a) y por lo tanto con derecho a la exención por los primeros 1500 euros vigente hasta 2014, y en los demás casos se aplica el régimen de la distribución de la prima de emisión. GARCÍA BERRO 2014: p. 204 y ss.

<sup>1325</sup> VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 53 y ss.

<sup>1326</sup> Un análisis de la calificación que procede a los beneficios obtenidos por un accionista en el caso de una reorganización empresarial transfronteriza en la cual recibe acciones de la entidad resultante a cambio de las participaciones en la entidad absorbida, puede consultarse en: JIMÉNEZ-VALLADOLID 2014: aptdo. 3.4.1. El autor mantiene la misma posición que defendemos en esta tesis, según la cual la los citados beneficios pueden ser considerados como dividendos a efectos convencionales si el Estado de la fuente los grava como tal. Destaca que ello, a pesar de no ser común, ocurre en algunos estados, lo que puede dar lugar a problemas de neutralidad en las transacciones. Eso ha dado lugar a que en la práctica convencional se incluyan cláusulas específicas que abordan las reorganizaciones empresariales, algunas afrontando la cuestión del reparto de las rentas que derivan para los socios en un intercambio de acciones. (aptdo. 4)



accionista, también puede argüirse que solo un socio puede amortizar las participaciones sociales como con impecable lógica afirma RUST<sup>1327</sup>. Además, como se expuso en apartados anteriores, ni la palabra renta, ni la expresión “participaciones sociales”, ni la preposición “de”, permiten justificar que la definición del art. 10 MCOCDE asume que sólo se comprende los frutos de los activos, de forma que tanto los rendimientos como las ganancias patrimoniales pueden ser consideradas como dividendos si el Estado de la fuente los grava como rentas de las acciones y existe una reducción de los activos o del patrimonio de la entidad distribuidora. Así las cosas, es perfectamente posible argumentar la aplicación de ambos artículos del CDI. Ahora bien, toda vez que existe una regla de preferencia del art. 10 sobre el 13.5 que permite que estas ganancias se califiquen como dividendos a efectos del Tratado, se requiere que correspondan a beneficios no distribuidos y que el Estado de la fuente los someta al mismo régimen fiscal que la renta de las acciones. Cumplidas estas dos condiciones, la calificación correcta a efectos del CDI será la de dividendos, y el Estado de la residencia deberá conceder el método de eliminación de la doble imposición correspondiente a ese tipo de renta<sup>1328</sup>.

Ahora bien, más complejo resulta determinar la solución a los conflictos de calificación cuando el Estado de la fuente considera que el ingreso por la redención de la acción es una ganancia de capital y aplica el artículo 13.5 MCOCDE, al tiempo que el Estado de la residencia interpreta la parte autónoma del artículo 10.3 en el sentido de que la renta deriva de las acciones o de otros derechos, que sin ser de crédito, participan en beneficios, y que por tanto, se califican como dividendos<sup>1329</sup>. En este supuesto, la residencia debería seguir la calificación del Estado de la fuente, ya que, como lo indica RUST, ese Estado ya ha

---

<sup>1327</sup> RUST 2013: aptdo. 5.3.

<sup>1328</sup> RUST 2013: aptdo. 5.3.2. En esa línea se ha pronunciado la Corte Suprema de los Países Bajos, *inter alia*, Hoge Raad, 9 June 2006, No. 41 476, BNB 2007/41. Citada por VAN DE STREEK 2013: aptdo. 21.7.2. En una línea similar la jurisprudencia suiza, pero con la particularidad de que exige que el tratamiento como dividendo de las cuotas de liquidación sea realizado de “buena fe”, lo que a juicio del Tribunal ocurre siempre que las legislaciones de los dos estados contratantes así lo prevean expresamente. Suiza, *Eidgenössische Steuerrekurskommission* (Comisión Federal de Apelaciones en Asuntos Fiscales), Sentencia de 22 de febrero de 2000, Case VPB 64.79. Disponible en: *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>1329</sup> RUST 2013: aptdo. 5.3.3. Destaca este autor que a ese resultado se podría llegar interpretando autónomamente la primera y segunda parte de la definición de dividendos, pero también cuando el Estado de la residencia considere que está aplicando el Tratado en los términos del art. 3.2 MCOCDE y por lo tanto proceda a calificar conforme a su derecho interno los términos no definidos en esas secciones del art. 10.3 MCOCDE.

excluido los ingresos por las amortizaciones de acciones del artículo 10.3 MCOCDE y con ello, obliga a la residencia a seguir la calificación<sup>1330</sup>. Esto parece razonable, puesto que el Estado de la fuente (residencia de la entidad distribuidora) puede escoger si grava como dividendos los beneficios distribuidos en la liquidación parcial de una sociedad, o si por el contrario, los somete a imposición como ganancias de capital<sup>1331</sup>. Si decidiese sujetarlos como ganancias de capital tendrá que enfrentar las limitaciones convencionales y seguramente conceder la exención conforme al art. 13.5 MCOCDE. Al no causarse imposición en la fuente la residencia no tendrá que eliminar la doble imposición mediante el crédito y si se prevé la exención la residencia no calificaría el ingreso como dividendos.

Un esquema de planeación fiscal utilizado para lograr las ventajas que pueda ofrecer el régimen de ganancias patrimoniales, frente al de los dividendos, consiste en que la sociedad amortiza, comúnmente mediante una reducción de capital<sup>1332</sup>, o recompra las participaciones. En el último caso –la compra de acciones propias- no hay una liquidación parcial propiamente, pero se produce una reducción del patrimonio de la entidad. En ese sentido, es relevante tener en cuenta que en ambos casos el socio obtiene una ganancia por enajenación de sus participaciones que equivale al precio pagado por la entidad, menos el precio de adquisición o el capital pagado a valor histórico, según el caso<sup>1333</sup>. Dicha ganancia, siguiendo el artículo 13 MCOCDE, tributa exclusivamente en el Estado de la residencia, a diferencia de los dividendos que se gravarían de forma limitada en la fuente. La entidad reduce su patrimonio, y el socio obtiene un ingreso que es equiparable al que de todas formas habría obtenido de un tercero, siempre que el precio de venta tenga un valor de mercado.

Como se observa, la discusión en este punto se encuentra en que es palpable que se trata de una “distribución de beneficios” que afecta la imposición de la sociedad, pero que en principio no es un “dividendo”, pues no afecta en nada la capacidad contributiva del socio,

---

<sup>1330</sup> RUST 2013: aptdo. 5.3.3.

<sup>1331</sup> En un sentido similar el reciente trabajo de HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.5.2.

<sup>1332</sup> Vid. Art. 33.3 LIRPF. Consulta Vinculante no. V0837-12, 23/04/2012 que correctamente califica como dividendos a efectos del CDI entre España y México los rendimientos de capital por la participación en los fondos propios que derivan de una reducción de capital en los términos del citado artículo 33 y en concordancia con los art. 25.1 LIRPF y 13.3 del TRLIRNR.

<sup>1333</sup> HATTINGH 2009: p. 519; HELMINEN 2010: p. 141.

a quien le resulta económicamente equivalente vender la participación a la sociedad o a un tercero. Viene perfectamente al caso la Sentencia del 12 de septiembre de 2003 de la Corte Suprema neerlandesa (*Hoge Raad*), en la cual se analizó la calificación convencional de una compra de acciones propias hecha por una sociedad residente en países bajos a un residente en Bélgica. La Corte afirmó que:

“Desde la perspectiva de la sociedad compradora, la readquisición de sus propias acciones se distingue de la adquisición de otras acciones... [en la medida en que]... el patrimonio de la sociedad se disminuye en un monto igual al pago hecho por las acciones compradas, mientras que dicho valor beneficia al accionista. Desde la perspectiva del socio vendedor, de un lado, no hay razones para distinguir entre la venta de las acciones a una sociedad, en la cual se participa, y una venta a otro sujeto. La compra de acciones propias tiene entonces un carácter híbrido, que hace imposible llegar a una sola y convincente conclusión, como quiera que la clasificación de la renta que contienen esas transacciones puede ser fundamentalmente renta de las acciones o, principalmente, un beneficio derivado de una disposición.”<sup>1334</sup>

Según la legislación interna aplicable en el momento de los hechos en ese Estado, el resultado de restar el valor del capital pagado al precio de recompra de la acción, se sujeta a la misma tarifa que los dividendos. Sin embargo, las normas del impuesto sobre la renta de personas físicas consideran que la diferencia entre el precio de recompra y el de adquisición de la acción constituye una ganancia de capital. De tal forma, podría decirse que tales operaciones están sujetas al régimen de las rentas de las acciones en cuanto al tipo impositivo de la retención en la fuente, pero la configuración del hecho imponible no se hace como una “renta” derivada de una participación social, sino como una “ganancia de capital”. El *Hoge Raad* concluye que si bien el MCOUDE, entendido según sus Comentarios –párr. 28 al art. 10-, permite a los Estados considerar como dividendos a efectos convencionales los beneficios obtenidos por un socio en la enajenación de acciones a la propia entidad distribuidora, se trata de una elección que corresponde al Estado en el momento de definir la forma en que se gravan los beneficios, y no cuando se hace una elección “con la perspectiva de cómo los tratados será aplicados.” De esa forma, no podría decirse que el Comentario aplique cuando la legislación neerlandesa “irracionalmente grava

---

<sup>1334</sup> Sobre la base de la traducción al inglés de HATTINGH 2009: p. 522-523. Países Bajos, *Hoge Raad*, Sentencia del 12 de Diciembre de 2003, Caso No. 38.461. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

dichos beneficios como renta de las acciones y como ganancias de capital.”<sup>1335</sup> Por ello, en el entendido de que la retención en la fuente es solo un pago a cuenta para establecer el impuesto de renta sobre personas físicas, habría que dar preferencia a que los mencionados beneficios por la venta de acciones son gravados como ganancias de capital, y no cómo dividendos<sup>1336</sup>. Se aprecia así que la referencia al régimen tributario de las acciones del artículo 10.3 puede ser confusa debido al gran número de factores de la comparación.

Es evidente entonces que se comprueba la hipótesis con la que se inició este apartado, según la cual el Estado de la fuente de los dividendos o de la residencia de la entidad distribuidora puede escoger si grava los beneficios de la enajenación de las participaciones sociales como dividendos o como ganancias de capital. Debe destacarse, que la existencia de la expresión “participaciones sociales” u “otros derechos” en la tercera parte de la

---

<sup>1335</sup> “... the benefit derived from a buyback of shares is not expressly dealt with in one of the articles of the OECD Model Convention ... the Commentaries on both the 1963 and 1977 OECD Model Conventions indicate that under the Model Convention the source state has room to tax this benefit as a dividend, but it does not exclude the possibility that the source state may under the Model Convention treat the benefit as a capital gain. It does not fit into this line of reasoning to assume that the source state may in the application of the treaty in any event treat the taxpayer as deriving income from shares when the source state irrationally taxes the benefit as income from shares and as a capital gain. Much rather it is clear that the choice for which space was left refers to the choice that the charging state had made when it gave form to the way in which domestic tax legislation taxes the benefit, and does not refer to a choice that is made with the view on how the tax treaty is to be applied. This conclusion fits best with the provisions of Article 10, Paragraph 3 of the OECD Model; it is determinative how the source state charges the relevant income to tax for the capacity of the source state to impose tax on income from rights in companies, which are not included in the – enumerative – summary of those items which are understood to be dividends in the sense of Article 10 of the Model Convention.” Traducción al inglés de HATTINGH 2009: p. 523.

<sup>1336</sup> Eso se deja bastante claro en el resumen que hace el IBFD de la sentencia y a lo que HATTINGH no le da la relevancia que merece, pues claramente se opondría a su tesis de que el art. 10.3 no comprende las meras presunciones objetivas previstas por la ley interna, que consideran como dividendos las distribuciones de beneficios no formales. HATTINGH 2009: p. 522-523 y 532-533. Bajo una normativa anterior la conclusión del *Hoge Raad* fue distinta, pues calificó como dividendos las distribuciones hechas por una sociedad residente a un socio residente en España (quien dos años fiscales antes era residente en Países Bajos) a través de la recompra de acciones. Países Bajos, *Hoge Raad*, Sentencia de 25 de mayo de 1994, caso 28 959. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD. Sin embargo, el CDI de España y Países Bajos contiene una cláusula de emigración en el art. 14.5 que se consideró que no prevalecía sobre el art. 10.a pesar de que se trataba de una norma especial. Dicha cláusula tiene el siguiente tenor: “Las disposiciones del número 4 no afectarán a los derechos de cada uno de los Estados a gravar de acuerdo con su propia Ley, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o “bonos de disfrute” de una Sociedad cuyo capital esté dividido, total o parcialmente, en acciones y que sea residente de este Estado, siempre que las acciones o “bonos de disfrute” estén poseídos por una persona física que sea residente del otro Estado si: a) Es nacional del primer Estado sin ser nacional del último Estado; y b) En el transcurso de los últimos cinco años anteriores a la venta de las acciones o “bonos de disfrute” haya sido residente del primer Estado; y c) En el transcurso del mismo período haya poseído, directa o indirectamente, solo o con su esposa, y sus parientes en línea directa y en colateral hasta el segundo grado, al menos un tercio, siempre que además posea, solo o con su esposa, más del 7 por 100 del valor nominal de la parte de capital desembolsado de la citada Sociedad.”

definición genera inseguridad jurídica en relación con esa regla de preferencia del art. 10 sobre el 13.5 del MCOCDE que se ha justificado en este trabajo y que exponen los CMOCDE. Por más que existan argumentos válidos como los que se defienden en esta tesis, existen trabajos como los de HATTINGH que pretenden restringir ese margen que tiene el Estado de la fuente de configurar como grava a sus sociedades residentes y a los socios de las mismas. Para el autor surafricano los redactores del Modelo escogieron un test legal para definir los límites del Estado de la fuente, que requeriría que los dividendos a efectos convencionales deriven *directamente* de participaciones sociales que den derecho a la distribución de beneficios, incluyendo aquellas ocultas, pero siempre y cuando se trate de normas anti-abuso subjetivas, mas no meras presunciones<sup>1337</sup>.

Dado que existen posiciones en contrario, la práctica convencional muestra que algunos CDI contienen especificaciones, según las cuales la renta de las recompras o amortizaciones de participaciones sociales, así como de las liquidaciones<sup>1338</sup>, son consideradas dividendos a efectos convencionales. Esa ha sido la práctica convencional más o menos reciente de los Países Bajos<sup>1339</sup>. Como se sostiene en esta tesis, el MCOCDE deja perfectamente abierta a la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora la posibilidad de considerar como dividendos a aquellas rentas o ganancias que deriven de participaciones sociales, incluso por su enajenación, siempre y cuando exista una reducción del patrimonio de la sociedad en la misma operación, como en la amortización, o en posteriores operaciones, como en el caso *RMM Enterprises* en Canadá a través de una fusión. De tal forma, las inclusiones en los CDI de dichas especificaciones son una ratificación de lo que ya se entendería de una correcta aplicación de los Tratados,

---

<sup>1337</sup> HATTINGH 2009: p. 532-533

<sup>1338</sup> Algunos aclaran que con referencia al artículo 10, apartado 3 “Se entenderá que el término «dividendos» incluye los beneficios derivados de la liquidación de una sociedad”: España-Argelia de 2005; España-Bélgica 2003; España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Rusia 2001; España-Estados Unidos 1990 (en la modificación de 2013 no se incluye esta especificación); España-Eslovenia 2002; España-Francia 1997; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; España-Portugal 1994; España-Israel 2006, aunque aplica únicamente para una sociedad residente en España; España-Sudáfrica 2008; o en términos semejantes “las rentas derivadas de la liquidación de una sociedad estarán sujetas al Impuesto sobre Sociedades correspondiente a dicha sociedad, y las cantidades distribuidas a los accionistas se considerarán dividendos.” En el CDI España-Egipto 2006.

<sup>1339</sup> VAN DE STREEK 2013: aptdo. 21.7.2.

pero que junto con la ampliación de la tercera parte de la definición, en el sentido del MCEUA, parecen deseables para dar seguridad jurídica.

Finalmente, las modificaciones a los Comentarios 28 y 31 a los art. 10 y 13 del MCOCDE de 2014, respectivamente, dan soporte a la conclusión defendida en este trabajo al indicar que tanto los beneficios de la liquidación, como de la enajenación de participaciones a la propia entidad que las emite, pueden ser calificadas como dividendos a efectos convencionales si el Estado de la fuente las grava como rentas de las acciones. El Estado de la residencia deberá garantizar la eliminación de la doble imposición, incluso si bajo su derecho interno debería calificarla como ganancias de capital<sup>1340</sup>. Por consiguiente, la pérdida de activos o la reducción de patrimonio de la entidad distribuidora es un límite que impone el art. 10.3 a la configuración del nexo por parte del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos.

### 3.5. OTROS SUPUESTOS ESPECIALES DE FUENTE DE LOS RENDIMIENTOS

La práctica convencional española muestra en algunos tratados ciertas reglas que pretenden proteger la fuente de las rentas de la propiedad inmobiliaria de la calificación artificiosa como rendimientos o ganancias de capital por participaciones sociales. Así por ejemplo el Art. 13.4 MCOCDE se ha modificado en algunos CDI para incluir no sólo a la enajenación de acciones sino también de “participaciones o derechos similares” que tengan un alto

---

<sup>1340</sup> Así el párr. 31 al art. 13 MCOCDE “If shares are sold *alienated* by a shareholder to the issuing company in connection with the liquidation of *the issuing* such company or the *redemption of shares or* reduction of its paid-up capital *of that company*, the difference between the selling price *proceeds obtained by the shareholder* and the par value of the shares may be treated in the State of which the company is a resident as a distribution of accumulated profits and not as a capital gain. The Article does not prevent the State of residence of the company from taxing such distributions at the rates provided for in Article 10: such taxation is permitted because such difference is covered by the definition of the term “dividends” contained in paragraph 3 of Article 10 and interpreted in paragraph 28 of the Commentary relating thereto, *to the extent that the domestic law of that State treats that difference as income from shares. As explained in paragraphs 32.1 to 32.7 of the Commentary on Articles 23 A and 23 B, where the State of the issuing company treats the difference as a dividend, the State of residence of the shareholder is required to provide relief of double taxation even though such a difference constitutes a capital gain under its own domestic law.* The same interpretation may apply if bonds or debentures are redeemed by the debtor at a price which is higher than the par value or the value at which the bonds or debentures have been issued; in such a case, the difference may represent interest and, therefore, be subjected to a limited tax in the State of source of the interest in accordance with Article 11 (see also paragraphs 20 and 21 of the Commentary on Article 11).” Negrilla y cursiva destaca los cambios introducidos en el 2014.

porcentaje de bienes inmuebles como activos<sup>1341</sup>. Mientras que el Modelo opta por la regla de que el 50% del valor de los activos proceda de forma directa o indirecta de propiedad inmobiliaria, en algunos CDI a cambio se exige analizar si el activo está constituido “principalmente” por bienes inmuebles<sup>1342</sup> o por derechos de exploración o explotación del fondo marino, el subsuelo y sus recursos naturales de ese otro Estado o el patrimonio utilizado para ello<sup>1343</sup>. Otros agregan un supuesto más: “Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de acciones o participaciones o de otros derechos que, directa o indirectamente, otorguen al propietario de dichas acciones, participaciones o derechos, el derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en un Estado contratante pueden someterse a imposición en ese Estado.”<sup>1344</sup> En estos supuestos existen reglas especiales que prevalecen sobre los art. 10 y 13.5 del Modelo, de forma que las conclusiones defendidas a lo largo de éste apartado tercero, no le son aplicables.

---

<sup>1341</sup> España-Albania 2011; España-Alemania 2008; España-Arabia Saudí 2008; España-Armenia 2012, en este CDI se habla de que la sociedad tenga un activo “constituido, en su totalidad o principalmente, por bienes inmuebles...” España-Chile que reza: “4. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante si: a) Proviene de la enajenación de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante, o b) el perceptor de la ganancia ha poseído, en cualquier momento dentro del período de doce meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones u otros derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de esa sociedad. Cualquier otra ganancia obtenida por un residente de un Estado Contratante por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente en el otro Estado Contratante también pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 16 por ciento del monto de la ganancia. No obstante cualquier otra disposición de este párrafo, las ganancias de capital obtenidas por un fondo de pensiones que es residente de un Estado Contratante provenientes de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, serán gravadas únicamente en el Estado Contratante mencionado en primer lugar.”

<sup>1342</sup> España-China 1992; España-Corea 1994; España-Egipto 2006; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; El Modelo ONU contiene una referencia similar y entiende que “principalmente” significa más del 50% de la suma del valor de dichos inmuebles, y excluye de la regla la propiedad inmueble utilizada por la entidad en su actividad empresarial (art. 13.4). En un sentido similar los CDI España con Canadá de 1981 y Filipinas de 1994 indica que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad, participaciones en una sociedad de personas o en una fiduciaría (trust) cuyos bienes están constituidos principalmente por bienes inmuebles sitos en un Estado contratante, pueden someterse a imposición en este Estado. Se excluyen de la expresión “bienes inmuebles”, aquellos “...salvo los destinados al arrendamiento— en los que la sociedad, la sociedad de personas o la fiduciaría ejerce su actividad...”. España-Francia 1997 explicita que el activo esté constituido, directa o por interposición de una o varias sociedades o entidades jurídicas, por bienes inmuebles...” El CDI España-México de 1994 aclara en el Protocolo 7: “A los efectos del párrafo 2 del artículo 13 y del párrafo 2 del artículo 22 se consideran “derechos relacionados con tales bienes inmuebles”, aquellos derechos que otorguen el poder de disposición de dichos bienes.”

<sup>1343</sup> España-Noruega 2001;

<sup>1344</sup> España-Arabia Saudí 2008; España-Estados Unidos 2013; España-Egipto 2006; España-El Salvador 2009; España-Eslovenia 2002; España-Georgia 2011; España-Islandia 2002; España-Reino Unido 20013 (En trámite de ratificación)

Ahora bien, debe destacarse que España alinea una regla de imposición de las rentas inmobiliarias con la norma sobre ganancias de capital que acabamos de mencionar. Usualmente los art. 6.4 indican en términos iguales o similares, que:

“cuando la propiedad de acciones y otros derechos atribuyan directa o indirectamente al propietario de dichas acciones o derechos, el derecho al disfrute de los bienes inmuebles, las rentas derivadas de la utilización directa, arrendamiento o uso en cualquier otra forma de tal derecho de disfrute, pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que los bienes inmuebles estén situados.”<sup>1345</sup>

La citada regla incide en la calificación de la renta como dividendos, pues en los casos en que la participación en el capital otorgue derechos al disfrute de inmuebles, no habrá tributación limitada en el Estado de residencia de la distribuidora conforme al art. 10 del Modelo, sino que será el Estado donde se sitúan los bienes inmuebles el que tendrá derecho a gravar ilimitadamente la renta, que podrá ser considerada a efectos mercantiles como dividendos en especie.

Por otra parte, las devoluciones de impuestos hechas por la Administración para eliminar la doble imposición económica como el *avoir fiscal* francés o *Advance Corporate Tax* (ACT) vigente hasta 1999 en Irlanda y Reino Unido, han generado dudas sobre si su fuente es la participación social<sup>1346</sup>. De ahí que muchos CDI de esos países, como el de Francia y España de 1997 contengan regímenes especiales. Así, se busca especificar el tratamiento tributario del crédito fiscal francés llamado “avoir fiscal”, que es un derecho que obtienen los socios con el objeto de eliminar la doble imposición económica. El derecho consistía en que un residente en España recibía un importe igual al citado crédito fiscal, sin perjuicio de que se aplicasen los límites del apartado 2 del artículo, en los casos en que se trate de una persona física o una sociedad que no detente una participación sustancial y en determinadas

---

<sup>1345</sup> Entre otros: España-Albania 2011; España-Arabia Saudí 2008; España-Alemania 2012; España-Armenia 2012; España-Australia 1992; España-Barbados 2011; España-Bélgica 2003; España-Egipto 2006; España-El Salvador 2009; España-Eslovenia 2002; España-Estonia 2002; España-Georgia 2011; España-Grecia 2002; España-Hong Kong 2012; España-Irlanda 1994; España-Islandia 2002; España-Jamaica 2009; España-México 1994; España-Pakistán 2011; España-República Dominicana 2013;

<sup>1346</sup> El problema se presentó, por ejemplo, en la Sentencia: United States, Superior Court of California, caso 321296 - *Amdahl Corporation v. California Franchise Tax Board*, 3 October 2002. En donde se concluyó que el ACT británico es un dividendo a efecto de los CDI.



circunstancias especificadas por el CDI. Se aclara que el crédito fiscal (*avoir fiscal*) es un dividendo a efectos convencionales. Además, se regula el *précompte* que es el reembolso de la retención en la fuente soportada por el socio y se le concede a quien no tiene derecho al crédito fiscal. Sobre dicha devolución procede la retención del apartado 2 del art. 10, y a todos los efectos del Tratado se consideran dividendos. La asignación de un crédito fiscal o la devolución de los impuestos de la sociedad a los socios, es rendimiento vinculado con las participaciones sociales, pero no es pagado por entidad propiamente sino por la administración tributaria, y no implica directamente una reducción de los activos de la entidad. Indirectamente sí, en tanto se interprete que el impuesto de sociedades fue la causa de esa reducción. Como se puede observar, la calificación de esos ingresos puede ser discutible en los términos de los apartados 1 y 3 del art. 10 del MCOCDE, de ahí que las aclaraciones convencionales hayan sido comunes durante la vigencia de estos tipos de medidas de atenuación de la doble imposición sociedad-socio.

## RESUMEN Y CONCLUSIONES

1. El concepto de dividendos ha sido relevante en los impuestos sobre la renta de carácter real y personal a lo largo de toda su historia. En especial, su importancia se aprecia en los criterios de conexión objetivos, que devienen de esos primitivos impuestos reales sobre la renta, y en los cuales fue necesario distinguir si el rendimiento que obtenían los socios tenía como fuente las actividades económicas de la entidad o la participación social, dando lugar a dos respuestas: los criterios de origen y fuente, respectivamente. A nivel mundial la residencia de la entidad distribidora es el criterio de fuente más extendido. Ahora bien, los impuestos globales sobre la renta son en realidad el resultado de una paulatina sistematización de los tributos reales, y que no han logrado el grado de pureza teórica deseado por VON SCHANZ. Es por ello que la definición de dividendos sigue siendo relevante para categorizar un elemento de la renta global del beneficiario, que económicamente soporta doble imposición (gracias a que su pago no fue deducible de la base imponible de la entidad distribidora) y que, por lo tanto, debe recibir un tratamiento fiscal particular. (Cap. I, aptdo. 1.1)

2. La necesidad de distinguir los dividendos en las normas del impuesto sobre la renta yace en la admisión de las personas jurídicas como sujetos del tributo, de forma que se crea la ficción de que la entidad distribidora obtiene su propia renta y que los socios obtienen rendimientos derivados de la participación social. Es así como las normas internas utilizan definiciones de dividendos para caracterizar dos objetos imposables distintos: los dividendos pagados por una entidad residente a un no residente (*outbound dividends*), y los pagados por una entidad no residente a un residente (*inbound dividends*). En relación con el primer objeto imponible, se destacan las reglas que regulan la no deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios de la entidad y las que recaen sobre la imposición del receptor o beneficiario de los dividendos. Por su parte, el segundo objeto comprende los preceptos que determinan la obligación personal de contribuir y, en lo que interesa a ésta Tesis, los que permiten la eliminación de la doble imposición jurídica y económica. (Cap. I, aptdo. 1.2)

2.1. La no deducibilidad de los dividendos se relaciona estrechamente con el gran debate de la Hacienda Pública contemporánea sobre la imposición de las sociedades y los socios. La revisión de las discusiones doctrinales permite concluir que salvo en los sistemas de unidad, esto es, donde el impuesto de sociedades como tal desaparece, la definición de dividendos es relevante para caracterizar ese objeto imponible que constituye la renta obtenida por el socio a través de la sociedad. Es así como los sistemas clásicos o de integración requieren siempre del concepto de dividendos, y la amplitud o estrechez de la definición depende directamente del grado de neutralidad logrado por tales sistemas. Ello puesto que las tres grandes asimetrías que se generan por la existencia del impuesto de sociedades se relacionan directamente con los tres elementos del concepto abstracto de dividendos. Esto es, la asimetría de la forma de organización de la empresa con el elemento de la entidad distribuidora de dividendos; la asimetría en las fuentes de financiación (endeudamiento y capital) con las participaciones sociales; y, la asimetría en la forma de generar retribución al socio con la relación entre las participaciones y la renta. Es relevante tener en cuenta que los sistemas de integración suponen variaciones en la cuantificación del impuesto sobre la renta de los dividendos, pues mientras que los que desgravan al nivel de la entidad distribuidora aumentan la carga fiscal de los dividendos, los que operan al nivel de los socios o propietarios la reducen. Además, tales mecanismos hacen que la fiscalidad de los dividendos sea sumamente compleja, pues en los casos más extremos clasifican los beneficios (entre los distribuidos y no; y los gravados al tipo general, gravados a tarifas inferiores y no gravados) y al perceptor de los dividendos (sujetos a IRPF, al IS o IRNR; relación con la sociedad –alto o bajo grado de participación o socios activos o pasivos-). (Cap. I, aptdo. 1.2.1)

2.2. La obligación personal de contribuir en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario basada en concepciones de impuestos globales sobre la renta puede generar doble imposición de carácter económico y jurídico. En la práctica, los estados deben admitir la categorización de las rentas, en particular, requieren distinguir los dividendos como un objeto imponible que, por motivos económicos -neutralidad en la exportación o en la importación de capitales-, deben tener la posibilidad de eliminar la doble imposición sociedad-socio. Para ese propósito los métodos de exención y de crédito indirecto son las

medidas usualmente incorporadas por las legislaciones internas, aunque la tendencia a nivel mundial es la de reemplazar éste último por el primero. La investigación ha permitido concluir que la adopción de tales medidas para los dividendos en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario puede causar tratamientos fiscales dispares -ausencia de neutralidad- con otros tipos de rentas que, en buena medida, son sustituibles económicamente. Ello ocurre con los intereses, los beneficios obtenidos a través de un EP y las ganancias de capital por enajenación de participaciones sociales. Además, la común clasificación entre dividendos provenientes de participaciones sustanciales y de inversiones de portafolio es una decisión obtusa si se tiene en cuenta que en ambos casos hay doble imposición económica y la diferencia entre una y otra es totalmente arbitraria. Así mismo, se observa que el reconocimiento de hechos y actos emitidos conforme a la legislación extranjera puede generar faltas de consistencia (en los términos usados por VOGEL, *problemas de sustitución*), ya que los tres elementos del concepto abstracto de dividendos son definidos de acuerdo a dos ordenamientos diferentes y dentro de éstos, habrá cuanto menos una definición mercantil y otra tributaria, así que por cada elemento habrá cómo mínimo cuatro respuestas posibles. De tal manera, el problema de la relación entre los conceptos jurídico-privados con el Derecho Tributario crece exponencialmente entre más ordenamientos jurídicos conectan la operación. Es así como surgen los conflictos en la clasificación de la entidad distribuidora, de los instrumentos financieros y de los rendimientos, que actualmente se pretenden solucionar a través de la fijación de las características tributarias más relevantes de los dividendos en los presupuestos de hecho de los métodos de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio, como es que la entidad sea un contribuyente independiente y que el rendimiento no sea deducible de la base imponible. Así se viene planteando en el Proyecto BEPS y en LIS española que regirá a partir del 1 de enero de 2015. En cualquier caso, la adopción de esas características fiscales genera serias inquietudes, puesto que si se adopta la deducibilidad como factor relevante para caracterizar a los dividendos, habría que preguntarse si tendría sentido excluir a los intereses u otras rentas no deducibles en virtud de normas objetivas de limitación (p.ej. *interest barriers*), o si es lógico incluir dentro de la medida para eliminar la doble imposición económica en residencia (especialmente en el caso de exención) aquellos

pagos que, a pesar de no ser deducibles, tengan derecho a eliminar la doble imposición económica en la fuente. (Cap. I, aptdo. 1.2.2)

3. Los “dividendos” son una categoría de renta definida e incorporada en el artículo 10 del MCOCDE, al igual que en la mayoría de los CDI suscritos, cuyo efecto es distribuir la potestad tributaria de los estados contratantes y eliminar la doble imposición. Es decir que la definición de dividendos prevista en el art. 10.3 del MCOCDE se aplica respecto de la calificación secundaria que requieren los CDI y que, como es bien sabido, se superpone sobre la calificación primaria hecha bajo las normas internas. De esta forma, los tratados imponen restricciones a los Estados contratantes que, por lo general, consisten en una tributación limitada en la fuente (Art. 10.2), a menos que las participaciones se vinculen efectivamente a un EP en dicho Estado (Art. 10.4), y una tributación ilimitada en la residencia del receptor directo o beneficiario efectivo (Art. 10.1), aunque al ser una norma de distribución incompleta, el Estado de la residencia debe garantizar su eliminación a través del método de imputación o de crédito fiscal directo *-tax credit-* según las reglas previstas en el artículo 23 A o 23 B MCOCDE. (Cap. I, aptdo. 2)

3.1. Para el Modelo, las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos se manifiestan en dos momentos: al gravar los beneficios de dicha entidad y al gravar los dividendos o repartos de beneficios a sus propietarios. De ahí que el art. 10 del Modelo implícitamente señale que la fuente de los dividendos es el Estado de residencia (convencional) de la entidad distribuidora de dividendos (art. 4 MCOCDE). A tal efecto, el art. 10.5 define una serie de supuestos de criterios de conexión que se consideran extraterritoriales, como el criterio de “origen” de los beneficios o la imposición en el Estado perdedor de la residencia convencional de una entidad con doble residencia que pretenda gravar con el criterio de la fuente de los dividendos pagados por tal sociedad que es residente a efectos internos pero no a efectos de los CDI. Por el contrario, dicha prohibición no incluye los elementos de conexión basados en el lugar de pago de los dividendos, ni en la residencia del beneficiario derivada de normas de transparencia fiscal internacional, ni a buena parte de los tributos que operan como un segundo nivel de imposición sobre los EP (*branch taxes*). (Cap. I, aptdo. 2.1.1)

El art. 10.2 del Modelo impone límites porcentuales al tipo impositivo de los tributos aplicados en la fuente que recaen sobre el beneficiario efectivo de los dividendos, pero sin afectar la potestad de gravar a la entidad distribuidora. A tal efecto el apartado segundo delimita al receptor de los dividendos. En particular, al exigir que sea el beneficiario efectivo y en relación con el apartado a), que el sujeto posea la participación en el capital y que no sea una *partnership*. La práctica convencional permite observar que en muchos casos se incluyen o excluyen expresamente ciertos receptores de dividendos. En todo caso, la expresión beneficiario efectivo ha supuesto grandes discusiones en la doctrina y jurisprudencia, y en el MCOCDE de 2014 se ha entendido como el sujeto que tiene la propiedad jurídica de la renta. Por su parte, la definición de dividendos del art. 10.3 se refiere a la fuente de la renta, pero no señala las características ni predetermina la atribución al receptor, receptor directo o beneficiario efectivo. (Cap. I, aptdo. 2.1.2)

El MCOCDE parte de la base de que los sistemas de tributación sociedad-socio del derecho interno de los estados contratantes son del tipo clásico. Por ello, redacta una norma que tiene una reciprocidad formal, al limitar a unos mismos porcentajes nominales la imposición sobre los dividendos. Sin embargo, los sistemas de integración adoptados por las legislaciones implican que el objeto imponible es una misma renta gravada con dos hechos imposables en cabeza de dos entidades distintas, de forma que la carga fiscal decidida desde la política fiscal se escinde y parte de ella recae en los dividendos. Cuando dichos sistemas llevan a una mayor imposición de los dividendos, el Modelo no es adecuado para garantizar la reciprocidad efectiva. Visto desde otro ángulo se puede observar también que el reparto queda abierto a la configuración de la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora, que puede aumentar a imposición de ésta y afectar la reciprocidad efectiva. De ahí que se hayan propuesto modificaciones al art. 10.2 del Modelo cuyo límite considere el monto total de tributación de los beneficios en la entidad y de las distribuciones. (Cap. I, aptdo. 2.1.3)

3.2. En relación con la residencia del beneficiario o receptor directo, el art. 10.1 ratifica la competencia general de imposición que se atribuye al Estado de la residencia en el

MCOCDE. Sin embargo, los CDI obligan a dicha jurisdicción a eliminar la doble imposición jurídica de acuerdo con el método previsto. El método depende de la definición de dividendos tanto en la redacción del art. 23 A, como en el art. 23 B del Modelo. En ambos preceptos existe una asimetría en relación con el método previsto para los dividendos y para los beneficios empresariales que puede generar arbitrajes. (Cap. I, aptdo. 2.2) Aunque al inicio de nuestra investigación el ámbito de aplicación de la definición del art. 10.3 del Modelo resultaba ser un tema que asumíamos claro y quizá alejado del objeto de la Tesis, al avanzar en la revisión de la literatura y jurisprudencia encontramos confusiones que pretendemos aclarar en el Capítulo I. En ese sentido, el método convencional se aplica cuando el método interno no elimina la doble imposición. En tales circunstancias la calificación secundaria requiere utilizar como norma definitoria al art. 10.3, incluso cuando los métodos del CDI contengan remisiones a la legislación interna del Estado de residencia, puesto que la única forma de determinar si la imposición en la fuente ha sido “con arreglo/de acuerdo con las disposiciones del” Convenio es calificando la renta con las definiciones correspondientes. (Cap. I, aptdo. 2.2.1) Además, aunque haya posiciones en contrario de importantes autores, el artículo 10.3 es la norma calificadora del método bilateral cuando ese precepto se refiera al elemento de renta caracterizado por el número de artículo (i.e. art. 10), por el número de artículo y descripción (i.e. los dividendos del art. 10), e incluso simplemente por la descripción (i.e. los dividendos). Debe aclararse que los dividendos derivados de participaciones vinculadas efectivamente a un EP configurado en el mismo Estado de la fuente de renta, tendrán derecho al método previsto para los beneficios empresariales con EP y no el de los dividendos, por más que los tratados se refieran genéricamente a las rentas gravadas conforme al art. 10 sin distinguir entre el inciso segundo y el cuarto. (Cap. I, aptdo. 2.2.2)

Ahora bien, teniendo en cuenta que los métodos convencionales, en principio, usan la definición de dividendos del art. 10.3, mientras que los internos utilizan sus propias definiciones, se pueden presentar problemas cuando el método interno no resuelva la doble imposición por causa de tener un significado más restrictivo de dividendo que el previsto en los CDI, como ocurrió precisamente en el caso *Memec PLC v. IRC*. También es posible que los tratados tengan un significado más estrecho que el interno, y que se señale falazmente

que método interno no aplica por esa causa, como parece ocurrir en la jurisprudencia de los JSCP brasileños obtenidos por residentes españoles. Es evidente que se confunden así los ámbitos de aplicación de cada definición, cuando es innegable que cada una tiene una finalidad distinta. Por último, si el CDI remite irrestrictamente a los métodos internos y ello comprende la definición de dividendos, se aumenta la probabilidad de que se presenten conflictos de calificación en sentido amplio (de tipo negativo o positivo) que no serían resueltos por los CDI. (Cap. I, aptdo. 2.2.3)

Por el contrario, cuando el art. 10.3 en la norma que define el reparto, los conflictos de calificación se resuelven limitando las posibilidades de argumentos para denegar el método de eliminación de la doble imposición por parte del Estado de residencia del beneficiario, ya que esa jurisdicción no podrá aplicar sus definiciones internas de dividendos o de las palabras utilizadas para definirlos en el art. 10.3 del Modelo. Con lo dicho, llegamos a un resultado similar, pero no igual, al del Informe de *Partnerships* y del *International Tax Group*, ya que en nuestra opinión no existe ninguna norma que justifique la vinculación del resultado de la calificación del Estado de la fuente al de la residencia, sólo existe un problema de norma aplicable. De todas formas, es evidente que una distribución internacional de beneficios pueden ser objeto de faltas de consistencia, concretadas en conflictos de clasificación de rentas, ya que al menos tres normas definitorias pueden aplicar: la del Estado de la fuente, la del Estado de la residencia y la del CDI. (Cap. I, aptdo. 2.2.4)

4. Gracias a los efectos que prevean los CDI y las legislaciones internas, el régimen fiscal de los dividendos internacionales no es neutral con el tratamiento previsto para los beneficios empresariales, para los intereses y para las ganancias de capital. Esta asimetría genera posibilidades de arbitraje fiscal ya que económicamente los diferentes tipos de rentas son fácilmente sustituibles en la mayoría de casos. En ese sentido, una revisión de la literatura de las finanzas corporativas es importante. De la misma se debe concluir que los costos fiscales que afectan la rentabilidad, desde que el ingreso se percibe por la entidad distribuidora hasta su gravamen en la residencia del perceptor o beneficiario pueden llevar a una ventaja comparativa de los intereses sobre los dividendos y de las formas alternativas



de remuneración al accionista. En cualquier caso, no sólo la no deducibilidad de los rendimientos de los fondos propios es relevante, sino también la retención en la fuente de los dividendos y el gravamen en la residencia. De esta forma, hay al menos tres aspectos respecto de los cuales puede haber diferencia con los intereses, beneficios empresariales con y sin EP, y con las ganancias de capital. (Cap. I, aptdo. 3)

5. La aplicación de la definición de dividendos resulta compleja, en primer lugar porque se enmarca en un tratado internacional que tiene una doble naturaleza, al pertenecer simultáneamente a los dos ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes y al ordenamiento internacional, en donde puede encontrar antinomias con preceptos internos o internacionales. Hemos defendido que la definición de dividendos se utiliza para realizar la calificación secundaria y que sobre esa base debería prevalecer sobre el Derecho interno, a menos que ese mismo ordenamiento avale el desconocimiento de los tratados (*treaty override*), caso en el cual podría derivarse una responsabilidad internacional, pues bajo el Derecho Internacional los CDI prevalecen sobre la legislación interna. En segundo lugar, los intérpretes de la definición son autoridades de distintos países y no existe un órgano de cierre jurisdiccional que resuelva en último término una cuestión problemática. En tercer lugar, no existe un mismo contexto jurídico-social que permita encontrar la única respuesta válida (como lo sugiere DWORKIN). Sin embargo, las reglas de interpretación de la CVDT pueden ayudar a solucionar muchos problemas. En esa línea, se debe buscar de buena fe el lenguaje común, usando simultáneamente los métodos de interpretación gramatical, sistemático y teleológico que ahí se describen (art. 31 y 32 CVDT). Ello supone partir de los sentidos posibles de las palabras de acuerdo con el método gramatical. Por consiguiente, se debe dar prevalencia a los significados autónomos convencionales sobre los internos y, dentro de éstos, a los tributarios sobre los de las otras ramas del Derecho, según se observa de la norma interpretativa de los CDI (art. 3.2 del MCOCDE). Sin embargo, cuando el Derecho tributario interno y los CDI usan términos del Derecho privado sin asignarles un significado especial, es difícil alejarse de su significado en esa disciplina. Ello ocurre con la definición de dividendos del art. 10.3 del Modelo, que si bien tiene un contenido inicialmente autónomo convencional y autónomo tributario, al final se permea por la legislación mercantil interna al usar términos con un significado preciso en esa rama. Y es

que la interpretación sistemática no ayuda en la mayoría de los casos, pues la existencia de un contexto o de un contexto ampliado para interpretar el concepto es una posibilidad remota, gracias a las restricciones del principio de reserva de ley tributaria presente en muchas legislaciones. Así, los CMOEDE no pueden ser admitidos sin discusión como contexto, y si bien son un elemento de obligatoria consulta, lo cierto es que las más de las veces no fijan una posición clara, sino que admite diversas interpretaciones, y se decanta por alguna, que generalmente es la más adecuada a la política fiscal que interesa a las administraciones tributarias. Ello sin contar con que son notorias las variaciones en la interpretación que se dan en las distintas versiones de los Comentarios. Tampoco la referencia a los principios y valores resulta útil, pues la definición de dividendos en los CDI difícilmente tendrá un propósito distinto al de repartir la potestad impositiva entre los estados y la justificación de principios tales como el abuso del derecho resulta cuestionable, dado que su contenido en los ordenamientos aplicables puede ser diverso. Desde que es difícil alejarse del significado del Derecho privado, se hace necesario indagar en la historia de la institución de los dividendos en los CDI para verificar las razones detrás de su existencia, que permitan así solucionar las cuestiones de *lege ferenda* y *lege lata* que el art. 10.3 plantea. (Cap. II, aptdo. 1)

6. Teniendo en cuenta que la revisión de la historia de la definición de dividendos tiene como objeto encontrar argumentos a los problemas actuales que presenta la definición de dividendos, es menester enfocarse entonces en el momento en que surge la estructura básica del artículo de dividendos, con su finalidad de prohibir la extraterritorialidad y repartir la potestad impositiva de una renta que proviene de beneficios que potencialmente hayan tributado en nombre de la entidad distribuidora. Por ello, es notorio que en los primeros convenios y normas armonizadoras, en particular en la Ley de la Alemania Imperial para eliminar la doble imposición (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) de 13 de mayo de 1870, los dividendos no aparecieran regulados expresamente, pero bajo su redacción la jurisprudencia de la Corte Administrativa del Gran Ducado de Baden se admitiera la ficción de que los socios no obtienen los beneficios empresariales de la entidad. Ello explica que luego, en el CDI entre Alemania y Checoslovaquia de 1921 se incorpore a los dividendos dentro de la categoría de los capitales mobiliarios, junto con los

intereses y regalías, para dar cierta consistencia en su tratamiento y para permitir al Estado de la fuente realizar una imposición que, en ausencia de regla específica, resultaría cuestionable bajo la redacción de CDI anteriores. De esta forma, se empieza aceptar el sistema de imposición clásico, al permitir a la fuente gravar tanto a los beneficios de la entidad distribuidora, como a los dividendos. Estos últimos calificaban bajo la categoría amplia de rendimientos del capital mobiliario o de los valores mobiliarios. (Cap. II, aptdo. 2.1.)

6.1. El borrador de Modelo de Convenio de 1927 y el *Draft* 1A de 1928 de la Sociedad de las Naciones fueron los primeros en incorporar un artículo específico para los dividendos, que eran las rentas derivadas de las acciones o partes análogas en “empresas”. Con todo, no puede admitirse que ese sea el antecedente de la definición del art. 10.3 del MCOCDE, puesto que sólo en el Modelo de Londres y en los trabajos del WP12 de la OEEC se decantan unas normas de reparto que se ligan a la definición, y que permiten entender a los dividendos como un rendimiento que debe haber sido previamente considerado objeto de imposición como beneficios de la entidad distribuidora. Por ello, el artículo de dividendos predominante en la segunda mitad del siglo XX parte de la base de una regla de fuente basada en la residencia de la sociedad, y se extiende a atenuar la doble imposición económica inter-societaria que puede darse a nivel transfronterizo como se deriva del actual art. 10.1 lit. a) y de los Comentarios sobre los métodos de integración en la fuente y, de exención por participación sustancial y de crédito indirecto en la residencia. A la par, pretende salvaguardar las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora, para que, cuando se manifiesten sobre esta última, se apliquen de forma ilimitada y, cuando recaigan sobre los socios, pueda gravarse hasta el tipo máximo pactado en los CDI, pero dejando en libertad a dicho Estado de someter al tributo las distribuciones ocultas que puedan afectar la imposición de la sociedad. La concepción de la categoría de los dividendos en los CDI encuentra explicación en la idea de reciprocidad efectiva presente en los antecedentes del CDI entre Estados Unidos y Reino Unido de 1945, según la cual habría que valorar la carga fiscal de la entidad y de los socios conjuntamente, para así determinar si la imposición total es semejante en ambos estados. De esa forma se acepta que el objeto imponible es uno sólo, y dos los hechos imponibles, aunque el MCOCDE de

1963 que se decantó por establecer una regla fija que, en aras de brindar seguridad jurídica, ofrece una reciprocidad en la retención en la fuente máxima admitida para los dividendos, pero mantiene esa idea de que se trata de un mismo objeto imponible. (Cap. II, aptdo. 2.2.1)

6.2. Las tres partes de la definición de dividendos del MCOCDE actual derivan de los trabajos del WP12 y del borrador de Modelo de 1963. En estos se aprecian diversos problemas de lenguaje, ya que la traducción de los tipos societarios y los derechos en las mismas no resultaba fácil, en particular porque variaban de una legislación a otra, y porque los dos idiomas oficiales, el inglés y francés, representaban dos tradiciones jurídicas distintas. Es así como surge el problema de definir qué tipos de derechos en qué tipos de entidades generan dividendos, lo cual lleva al final a incluir la segunda y tercera parte de la definición de dividendos. En relación con aquella, su origen se encuentra en la incorporación que se hizo de los títulos valores con retorno variable que cumplieren con la condición esencial de la definición del Primer Informe, consistente en que debían provenir de un contrato de asociación en una entidad independiente. Ante la amplitud de dicha condición esencial y la ambigüedad de las palabras usadas en la definición el Primer Informe, se empiezan a caracterizar los derechos con la palabra inglesa usada -“shares”-, luego reemplazada por “rights” y la francesa “parts”, y posteriormente con la expresa exclusión de los derechos de crédito en ambos idiomas. El Modelo más reciente mantiene la diferencia entre la versión francesa e inglesa. La revisión de los CDI que inspiraron esta segunda parte permite concluir que se buscaba comprender a las participaciones o posiciones en entidades no mencionadas en la primera parte, que otorgaba derecho a participar en beneficios, y se asumía que recibían el mismo tratamiento tributario que los dividendos ordinarios. La tercera parte nace de la necesidad de describir ciertos tipos de participaciones en entidades que no eran acciones, ni ninguno de los tipos de participaciones enunciados en la primera y segunda parte. No puede olvidarse que la remisión se crea al mismo tiempo que se elimina de la definición a aquellas referencias a las participaciones en sociedades cooperativas, de responsabilidad limitada y en comandita simple. De esta forma, la remisión al derecho interno quiere significar que “participaciones sociales”, en el sentido del art. 10.3, son derechos representativos del capital en los distintos sujetos pasivos del impuesto de sociedades reconocidos por el derecho interno. Sin

embargo, dicha remisión se reinterpreta en el Modelo de 1977 para dar soporte normativo expreso a la inclusión, dentro de la categoría convencional, de aquellos pagos que no constituyen mercantil ni formalmente un dividendo, como las distribuciones encubiertas de beneficios u otros beneficios asimilados, que ya desde el Primer Informe del WP aparecía en los Comentarios. (Cap. II, aptdo. 2.2.2)

6.3. La redacción de la definición de dividendos no sufre alteraciones desde su redacción del MCOCDE de 1963, salvo en su tercera parte en el año 1977 como se describe en el siguiente epígrafe. Los Comentarios a la misma tampoco varían sustancialmente, pero son modificados los Modelos de 1977 y 1992. En la primera fecha se deja claro que la definición de dividendos debe ser objeto de un estudio particular en cada CDI y que el Modelo no puede ser copiado irreflexivamente. En 1992 se incluyen las conclusiones de los trabajos del Informe de Subcapitalización de 1987 que incorpora el criterio del riesgo para distinguir entre dividendos e intereses, y del informe sobre uso de sociedades base del mismo año, destacado por admitir la compatibilidad entre los CDI y las normas de transparencia fiscal internacional. (Cap. II, aptdo. 2.2.3.)

6.4. La revisión de los CDI demuestra que la definición de dividendos prevista en el MCOCDE no se altera comúnmente, como no lo hace tampoco en el MCONU. Sin embargo, existen variaciones sustanciales en la redacción las tres partes de la definición que se resumen así:

En relación con la primera parte, algunos varían los derechos que generan los dividendos, por ejemplo, sólo se refieren a las acciones o eliminan a las acciones y bonos de disfrute, o las acciones de disfrute, mientras que ciertos tratados, al evitar repetir acciones, se leen como "...acciones o bonos de disfrute...". Esto causa problemas respecto de las acciones que no son de disfrute que no quedarían expresamente contenidas en la primera parte. Es curiosa la introducción de otros derechos con un significado muy concreto en el Derecho privado, como el de "aportaciones", o la confusa remisión a los conceptos de la Directiva Matriz-Filial que realiza el CDI entre España y Suiza.

Por otro lado, la segunda parte es eliminada en algunos convenios, o se confunde con la primera parte. En ese sentido vale destacar la extraña diferencia de traducción que se aprecia en varios CDI españoles que basándose en la versión francesa indica que "otras partes beneficiarias/otros derechos que permitan participar en beneficios,

excepto los de crédito”. Dicha redacción potencia las dudas sobre si la exigencia de ser derechos de crédito se predica también de la primera parte, aunque es extraño que en aquellos CDI que cuentan con una versión inglesa la redacción no varía con respecto a la versión española y anglosajona del MCOCDE, de forma que pareciera que su variación no obedece a una intención deliberada de los negociadores, sino a una diferencia de traducción que no debería arrojar un resultado diferente al que resulte del texto del Modelo. En Países Bajos y otras jurisdicciones se aprecia que la segunda parte de la definición no sólo elimina la frase “excepto los de crédito”, sino que expresamente incluye a los beneficios atribuidos a los ocultos (*silent partners*) en cuentas de participación (*silent partnerships*) o los rendimientos de los bonos y obligaciones que participen en beneficios. Aunque esto pueda tener sentido para la política fiscal de jurisdicciones como la neerlandesa donde las rentas de esos derechos de crédito se gravan como las rentas de las acciones, lo cierto es que puede generar asimetrías si se incluye de forma bilateral en los CDI si el otro Estado contratante grava esos tipos de rendimientos como intereses.

Finalmente, la tercera parte, al igual que el MCOCDE, suele contener la remisión a la legislación interna condicionada a que el rendimiento derive de “participaciones sociales”. Sin embargo, se observa que algunos CDI hacen una remisión amplia que varía la condición a que se trate de “otros derechos”. Existen otros que no mencionan el derecho del que deriva, por lo cual se refieren directamente a “otros rendimientos”, configurando una remisión amplísima. Esta última redacción se observa en el MCEUA y como bien destacan las *technical explanations*, permite solucionar la mayor parte de conflictos de calificación que se generan por el art. 10.3 del MCOCDE. De otro lado, la tercera parte contiene otros aspectos hasta algún punto olvidados por la doctrina, por ejemplo, la redacción de la remisión puede hacerse sobre la base del Modelo de 1963 y comprende los rendimientos “asimilados” a los de las acciones o, siguiendo al Modelo de 1977, “sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones”. (Cap. II, aptdo. 2.3.)

7. El régimen tributario interno de los dividendos puede ser objeto de abuso, bien sea a través de la captación o de la elusión del mismo. Eso plantea la cuestión de la compatibilidad de la definición del art. 10.3 del Modelo y las recalificaciones realizadas por los Estados. En esa línea, es necesario discernir entre los distintos tipos de recalificaciones.

7.1. En primer lugar, se entienden que son perfectamente aceptadas por el CDI aquellas que consideran dividendos otros tipos de elementos de renta, siempre que se enmarquen en la tercera parte de la definición de dividendos. Esto es, si son aplicadas por el Estado de la fuente, su consecuencia es sujetarlas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones y la fuente de la renta son las participaciones sociales. Ello es así puesto que se trata de una interpretación coherente con el sentido gramatical de la definición, además tiene una larga

trayectoria en el lenguaje fiscal internacional, al aparecer desde los primeros trabajos del WP12 y mantenerse en su esencia hasta los Comentarios más recientes. Además, se acompaña con una interpretación teleológica del precepto que busca repartir la potestad impositiva, dando al Estado de la residencia de la entidad distribuidora un amplio margen de configuración legislativa que le permita evitar los abusos en la imposición de ese mismo objeto imponible. En todo caso, la definición parece que sólo permite comprender aquellos rendimientos que corresponden a una transferencia de riqueza de la entidad distribuidora de dividendos.

7.2. Por el contrario, no encuadran dentro la tercera parte de la definición aquellos abusos del régimen tributario de los dividendos en el Estado de la residencia o las re-caracterizaciones de los dividendos en otras categorías de rentas, hechas por el Estado de fuente. De tal forma, su compatibilidad depende de la posición que se asuma frente al problema de la relación entre las normas internas anti-abuso y los CDI, sobre las que no existe uniformidad por parte de los países, ni de la OCDE, ni la doctrina, tal como se observa en las incoherencias de los Comentarios del año 1977, 1992 y 2003. En particular, la construcción de un estándar convencional de abuso como justificación de la no aplicación de los mandatos del Tratado resulta cuestionable en el los citados Comentarios, ya que el denominado *guiding principle* utiliza dos elementos completamente indeterminados. Como lo ponen de presente ZORNOZA & BÁEZ, de un lado, se trata un ambiguo test de motivos económicos válidos donde no es posible saber si su presupuesto requiere que el asunto fiscal sea el principal motivo, el único motivo o cualquier motivo de la operación; y, por otro lado, se acude a la finalidad anti-abuso del Tratado que lleva a un razonamiento circular, pues no se puede definir abuso señalando que lo es todo acto contrario a la finalidad anti-abuso del CDI. Además, se olvida que existen muchas más finalidades de los tratados que en la mayoría de los casos harían dudar de un pretendido propósito anti-abuso de una norma convencional.

7.3. De hecho, el art. 10 del Modelo tiene la finalidad de repartir el poder tributario sobre los dividendos, y ese propósito solo puede concretarse en el marco de la propia redacción de la definición de dividendos. Así, tendría poco fundamento señalar que el art. 10.3 ha

sido objeto de *rule shopping* según una norma interna anti-abuso que considera que se ha captado o eludido su presupuesto de hecho. En consecuencia, toda recalificación de un elemento de renta en dividendos o viceversa, requiere cumplir con la definición del CDI, a menos que exista una salvaguarda expresa en el tratado que permita crear un estándar común de abuso, se trate de una simulación y se descubran los verdaderos hechos o simplemente el Derecho interno permita el desconocimiento del tratado. Es importante así detenerse a indicar que esta conclusión sólo se predica de calificación secundaria con los efectos que de ella pueden derivar, de forma que las consecuencias de las recalificaciones en el Derecho interno no se verán limitadas si no contradicen los mandatos convencionales. En definitiva, el asunto de las entidades híbridas y los instrumentos financieros híbridos difícilmente puede resolverse por cuenta de normas anti-abuso, ya que las recalificaciones pueden afectar las definiciones o el régimen jurídico de los dividendos en uno de los ordenamientos internos, pero difícilmente lo harán respecto del CDI y de las normas del otro Estado contratante. (Cap. II, aptdo. 3)

8. En la definición del art. 10.3 del Modelo se encuentran los tres *elementos del concepto de dividendo*, a saber: a) la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a la que se le atribuyen los beneficios; b) la participación social en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios; y, c) la relación entre el rendimiento pagado por la sociedad y las participaciones sociales en la entidad. Estos mismos elementos aparecen también en las definiciones de los ordenamientos internos, aunque su concreción varía sustancialmente. (Cap. III)

9. La entidad distribuidora de dividendos es un elemento crucial para definir dividendos, pero se enfrenta con la dificultad que supone la ausencia de armonización del Derecho Privado, en concreto, del concepto de persona jurídica y sus atributos. La ausencia de armonización se da también en el Derecho tributario que, por regla general, delimita al sujeto pasivo del impuesto de sociedades sin remitirse a la legislación mercantil. Sin embargo, suele considerar como transparentes a ciertas personas jurídicas, y como opacas a entidades o contratos sin reconocimiento por la legislación societaria. De esta forma, si bien teóricamente podría afirmarse que los dividendos sólo deben provenir de beneficios que



han sido objeto de sujeción a imposición en nombre de la entidad, en la práctica ello puede no ocurrir, por cuenta de que dos o más legislaciones difieran sobre la clasificación de la entidad o la atribución de la renta a ésta o sus propietarios. Por consiguiente, habrá lugar a doble imposición o doble no imposición si un Estado considera que la entidad existe y que por ello los rendimientos de los socios son dividendos y el otro entienda que los beneficios son obtenidos por los partícipes (por todos proporcionalmente o por sólo algunos de ellos), manteniendo la misma fuente, naturaleza y calificación original. (Cap. III, aptdo. 1.1)

9.1. En los CDI la entidad distribuidora se caracteriza a través de los términos sociedad y participaciones *sociales* usados en los art. 3.1 y 10 del MCOCDE. Sin embargo, la entidad distribuidora debe cumplir con el ámbito subjetivo del CDI para ser tal. Así, gráficamente existen cuatro círculos concéntricos, el más amplio son las “personas”, que se restringe a las “residentes” en el segundo (relativo al ámbito subjetivo del Tratado), a sociedad en el tercero (determina el requisito de bilateralidad del art. 10.1) y la entidad distribuidora de dividendos en el cuarto (permite calificar la renta como dividendos). Dicho esto, el ámbito subjetivo de los CDI comprende a las personas físicas, a las sociedades y agrupaciones de personas que sean residentes. La residencia exige, entre otras condiciones, ser sujeto a imposición, lo cual, en un sentido lato se ha entendido que debe ser un vínculo con un Estado que permita a éste gravar a la entidad, aunque no lo haga. La interpretación preponderante en los CMOCDE es más restringida, pues exige que sea al menos un sujeto de impuestos comprendidos por el tratado. Sin embargo, existen criterios que exigen una imposición efectiva en la entidad, o incluso que se compruebe que no es una entidad instrumental.

Cómo se observa, el criterio de sujeción a imposición es perfectamente indeterminado, pero los Comentarios al Modelo de 2000, tras el Informe de *Partnerships*, requieren que la entidad sea opaca, es decir, que la renta no se atribuya directamente a sus miembros según el Estado de residencia de la misma. Ello genera la dificultad de saber cuándo existe opacidad o transparencia. Ha de notarse que el ámbito subjetivo del Modelo también contiene a las agrupaciones de personas y que en los CDI suelen incluirse directamente como *personas* o como *residentes* a entidades que pueden no estar sujetas a imposición en

el sentido de la interpretación dominante en los Comentarios. La existencia de entidades transparentes con derecho a la aplicación de los beneficios convencionales puede llevar a supuestos de doble no imposición, en la medida en que se crea una suerte de ficción, similar a la que se sucede con la entidad distribuidora de dividendos, pero con la diferencia de que al no tratarse de *sociedades* no sería aplicable el art. 10 del Modelo en sentido de otorgar derecho al Estado de la residencia de los miembros de la agrupación de personas para gravarlos. De tal manera, aunque según el derecho interno dicho Estado se aplique un régimen de transparencia, el CDI podría impedir que se graven los beneficios obtenidos a través de la agrupación de personas del otro Estado. Esto sucedió precisamente en el caso *Padmore* en el Reino Unido.

Las IIC pueden ser transparentes, caso en el cual no podrían ser una entidad distribuidora de dividendos. Éste resultado no parece contrario a la política fiscal que la OCDE quiere justificar para estas entidades, siempre que se garanticen mecanismos expeditos para que los inversores accedan a los beneficios convencionales. Ahora bien, si la IIC es sujeto del IS y su régimen jurídico le permite: a) deducir los pagos a sus inversores; b) tener un tipo reducido o nulo; c) eliminar la doble imposición al nivel del inversor mediante un sistema de integración; según la OCDE puede haber problemas para considerar a la entidad como residente y como entidad distribuidora de dividendos. Estas dudas parecen ilógicas, puesto que, al menos en el caso c), esto es lo que ocurre de ordinario en los sistemas de integración. Ahora bien, los FII presentan similares problemas, la OCDE justifica la necesidad de considerar a estas entidades como residentes y entidades distribuidoras de dividendos, a pesar de que sean transparentes y/o no sujetas a imposición. Ante las restricciones que impone la literalidad del Modelo, la organización sugiere incluirlas expresamente como entidades distribuidoras. La revisión de los CDI muestra ejemplos de estas aclaraciones, y deja como observación que en todos estos casos es relevante, desde un punto de vista de *lege ferenda*, comprobar que los círculos sigan siendo concéntricos y que no se han convertido en policéntricos, pues se pueden causar conflictos de interpretación. (Cap. III, aptdo. 1.2)

9.2. La definición de sociedad prevista en el literal b) del artículo 3.1 del Modelo hace parte de ese tercer círculo concéntrico que permite determinar el ámbito subjetivo del art. 10 y construir, junto con el art. 10.3, el elemento de la entidad distribuidora de dividendos, en el cuarto círculo. Su texto incluye a las personas jurídicas (primera parte) y a cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos (segunda parte). Se ha discutido ampliamente si esa primera parte es una referencia al Derecho privado. En nuestro criterio sólo las personas jurídicas a efectos impositivos son “sociedades” para el MCOCDE, en tanto que hay evidencia de que los redactores no pretendían asignarle el significado preciso del derecho civil y mercantil, según aprecia en los trabajos del WP14 de la OEEC. Además, acudir al Derecho privado contradice las reglas de interpretación de los CDI, no lleva a una respuesta clara y se contradice con las finalidades claramente descritas en los documentos históricos del WP14 y del WP12. Estos últimos señalan que la entidad distribuidora debe ser una entidad opaca, esto es, considerada como persona jurídica a efectos impositivos. De todos modos, de *lege ferenda* y en aras de la seguridad jurídica, la eliminación de la primera parte de la definición de dividendos resulta recomendable. En cuanto a la segunda parte, se ha cuestionado qué significa ser persona jurídica a efectos impositivos y conforme al cual Estado debe tener esa condición. A nuestro juicio se requiere que la entidad sea opaca. La historia y literalidad de los artículos del CDI no permiten una conclusión como la del párr. 27 de los Comentarios al art. 10 del Modelo que parecen exigir que la entidad esté sujeta como las sociedades anónimas. Además, ese mismo párrafo se refiere a que tenga un tratamiento fiscal como las personas jurídicas según el Estado de la sede de dirección efectiva, referencia igualmente imprecisa y que debería hacerse al Estado de la residencia convencional. De hecho, el párr. 3 de los Comentarios al art. 3 del Modelo de 2010 se remiten al Estado de “constitución” de la entidad, afirmación igualmente equívoca y salvo que encuentre soporte normativo expreso como en el MCEUA, no puede aceptada. De hecho en el Modelo de 2014 se modificó el Comentario para referirse al Estado de residencia. La doctrina admite otras interpretaciones y algunos CDI expresamente se remiten al Estado de constitución, lo cual puede llevar a que mientras los primeros dos círculos y el último contengan remisiones al derecho interno del Estado de la residencia, la circunferencia del tercero adquiera otro centro al remitirse al Estado de constitución y dando lugar a conflictos de calificación de rentas que la doctrina

ha destacado, pero que creemos pueden ser solucionados descartando la remisión al Estado de constitución como fruto de una interpretación teleológica, histórica y sistemática del CDI. (Cap. III, aptdo. 1.3)

9.3. Los CDI no contienen normas de atribución, a menos que se acepten los argumentos del Informe de *Partnerships* según los cuales la atribución hecha por la residencia es determinante. Sin embargo, esos argumentos no son coherentes, no aplicarían fuera de los casos de fijación del ámbito subjetivo del CDI, y no encuentran una base sólida en el texto del Modelo. Por ello, las normas internas que atribuyen el hecho imponible a un sujeto no resultan restringidas por los tratados. Sin embargo, a efectos de la calificación de la renta, existe una regla implícita de atribución cuando se dan los presupuestos de la ficción de dividendos. Así, cuando hay una entidad distribuidora de dividendos, el Estado de residencia de los socios puede gravar los beneficios de la entidad pero tendrá que darle el tratamiento fiscal previsto en el Convenio para los dividendos. (Cap. III, aptdo. 1.4)

9.3.1. En esa línea, la ficción no concurre cuando la entidad es considerada transparente en el Estado de constitución (y a pesar de eso se considera residente a efectos convencionales p. ej. Fondos de pensiones, IIC o FII), pues el CDI ha remitido directamente a la legislación de tal Estado para definir si la entidad es o no transparente, pues sólo si lo fuere será distribuidora de dividendos en los términos del CDI. En consecuencia, si el Estado de constitución la ve transparente y el rendimiento tiene su fuente en esa misma jurisdicción, no se genera la ficción de dividendos y el Estado de la residencia de los partícipes no tendrá que conceder el método para los dividendos sino el que corresponda a los rendimientos subyacentes. Los regímenes fiscales de transparencia híbrida, como el francés, generan muchos problemas, e incluso doble imposición jurídica por conflictos de calificación. Por ello, la principal conclusión en este punto es que la negociación de los Convenios requiere de un profundo estudio del asunto de la transparencia si se pretende solucionar la doble imposición y repartir el poder tributario de forma recíproca, pues por ejemplo, en el caso de las SCI francesas estudiadas por los jueces belgas, se permitió eliminar la doble imposición del impuesto sobre la actividad de la entidad pero atribuido a los socios belgas, a costa de

las pretensiones impositivas de Bélgica que concedió un crédito por las rentas inmobiliarias. (Cap. III, aptdo. 1.4.1)

9.3.2. La ficción, en cambio, procede cuando un Estado contratante considera a la entidad como sociedad residente, con independencia de que el Estado de residencia de los socios la califique como transparente. En ese sentido, en el caso en que la fuente de los rendimientos de la entidad se encuentre en mismo Estado de la residencia de los socios, tal jurisdicción podrá gravar la parte del socio, pero en ningún momento el CDI permite restringir el derecho del Estado de residencia/constitución de la entidad de gravar a la entidad. Esa conclusión queda clara del Informe de *Partnerships* y la doctrina concuerda en ella, pues de lo contrario se desgarraría el funcionamiento del CDI. Ahora bien, en cuanto a la eliminación de la doble imposición en el cabeza del partícipe, los CMOCDE garantizan un crédito indirecto en estos casos, que de forma cuestionable justifican en el propio art. 23 del Modelo. Así, para los Comentarios se aceptará la proporción del impuesto pagado por la entidad. Este resultado genera una falta de neutralidad frente a las entidades en que no se presenta el conflicto de atribución, que como es bien sabido, sólo tienen derecho al crédito directo por los dividendos. Por ello, a nuestro juicio en este caso sólo debe aplicarse el método previsto para los dividendos, y obviamente habrá doble imposición en cabeza del partícipe, pero la misma será de naturaleza económica y no jurídica. En cualquier caso, dado que procede la ficción, la doble imposición por los dividendos debe eliminarse, aunque existan conflictos de temporalidad, ya que de ser necesario deben reabrirse los términos de corrección de la liquidación. (Cap. III, aptdo. 1.4.2)

9.3.3. El caso de las normas de transparencia fiscal internacional (en inglés llamadas de forma más restrictiva como *CFC*) es muy similar al supuesto de conflictos de atribución referido en el párrafo anterior y a nuestro juicio debe recibir la misma solución. Ello porque a menos que se pacte una salvaguarda expresa, los CDI obligan a eliminar la doble imposición admitiendo la ficción de los dividendos. Por más que el Estado de la residencia del socio califique con su *lex fori* al término “renta/rendimiento” usado en el art. 10.1 del Modelo y encuentre competencia para gravar los beneficios no distribuidos, a efectos convencionales esa potestad supone la garantía del método previsto para los dividendos. En

la mayoría de casos ello no presentará problemas, pues las normas de transparencia suelen eliminar la doble imposición económica, al admitir como crédito el impuesto subyacente (que será usualmente nulo o muy bajo) y el ingreso por la distribución real no será considerado renta. No obstante, en el caso en que el CDI disponga del método de exención, de un crédito indirecto o de un *tax sparing* para los dividendos, las normas de transparencia se verán restringidas y posiblemente pasarán a ser inocuas. Con lo dicho, no se puede estar de acuerdo con las posiciones de quienes plantean que las normas de transparencia fiscal son contrarias al art. 7, puesto que bien es sabido que esa es una norma general que debe ceder ante normas especiales como el art. 10. Tampoco se puede aceptar que al ser una renta ficticia califica como “otras rentas” según el art. 21 del Modelo, ya que está claro que existe una entidad distribuidora de dividendos, existen participaciones sociales y el hecho de que un Estado califique autónomamente el término “renta” no impide en encuadramiento en el presupuesto del art. 10.3. (Cap. III, aptdo. 1.4.3)

9.4. Existen ciertas situaciones que algunos CDI asimilan a las entidades distribuidoras de dividendos. En primer lugar los contratos de cuentas en participación son incluidos de forma atípica, puesto que aparecen en la definición de dividendos para comprender a los rendimientos obtenidos por los partícipes ocultos y que, a falta de aclaración, serían considerados intereses por regla general, o beneficios empresariales si participan en la administración. Esas inclusiones no tienen en cuenta que eso implica modificar el centro del círculo de la entidad distribuidora sin modificar el de sociedad, de forma que podría darse el caso en que la renta sea considerada como dividendos según la definición, pero no se cumpla con el requisito de ser una sociedad, pues el gestor perfectamente podría ser una persona física o una agrupación de personas no sujeta como las personas jurídicas. En todo caso, si el propósito de la definición es comprender un rendimiento que potencialmente soporta doble imposición económica y, admitiendo que este sea un supuesto parecido al que se presenta en las relaciones sociedad-socio, no podría olvidarse que en muchos países ese rendimiento pagado al oculto será deducible para el gestor, de forma que el tratamiento como dividendos no resulta del todo adecuado. (Cap. III, aptdo. 1.5.1) En segundo lugar, es conflictiva la calificación de los rendimientos que derivan los beneficiarios de un *trust*, puesto que esos contratos tienen diversas tipologías y por lo general no son en sí mismos

entidades distribuidoras de dividendos y los derechos que se tienen sobre patrimonio no reúnen las condiciones de participaciones sociales. (Cap. III, aptdo. 1.5.2)

En tercer lugar, los vehículos colectivos de inversión como las IIC tienen problemas para calificar como entidades distribuidoras, lo cual ha causado que la jurisprudencia finlandesa considere que los pagos a los inversores son “otras rentas” y no dividendos a pesar de que el fondo era considerado una “sociedad” “residente” en ese país. El Tribunal finlandés arguyó que el régimen fiscal de los dividendos no es igual al de los rendimientos de los inversores porque los fondos están exentos, olvidando que la tercera parte se refiere al régimen de las rentas que obtienen los socios o inversores y no al régimen de la entidad distribuidora. Además, los derechos de los inversores podrían subsumirse en la segunda parte del art. 10.3 del Modelo. La práctica convencional a veces excluye a los fondos de ser residentes, pero en otros casos los incluye expresamente. En ocasiones se prevé directamente que los rendimientos de los fondos son dividendos, lo cual puede generar problemas también para cumplir con el art. 10.1, puesto que el fondo o la IIC podría no ser una “sociedad”. Es relevante evaluar que el objetivo de neutralidad se logre, pues si los inversores deberían soportar el gravamen, desde un punto de vista de política fiscal habrá que hacer que los límites convencionales sean acordes a las pretensiones impositivas. Un buen ejemplo en ese sentido es el CDI entre España y Estados Unidos (Cap. III, aptdo. 1.5.3)

En cuarto lugar, diferentes razones de política fiscal aconsejan promover las inversiones de las FII eliminando el nivel de imposición de la entidad, pero sin que para los inversores se mantenga la fuente y naturaleza original de la renta subyacente, ya que al ser rentas inmobiliarias se generaría una imposición ilimitada en la fuente. Por ello, los Comentarios al MCOCDE han buscado que los FII califiquen como entidades distribuidoras de dividendos a pesar de que no sean sociedades residentes en los términos del Modelo. Esta inclusión directa puede generar los problemas que hemos descrito se plantean respecto del art. 10.1. Se aprecia que el art. 10 del Modelo es utilizado para disparar la ficción de que los inversores no reciben la renta subyacente, y no para someter a imposición unos

rendimientos que potencialmente puedan soportar doble imposición económica, que en estos casos claramente no existirá. (Cap. III, aptdo. 1.5.4)

Finalmente, los EP son unidades de atribución de rentas que pueden ser asimiladas a las entidades distribuidoras de dividendos, aunque no son en sí mismos “sociedades” “residentes del otro Estado contratantes”, ni existe una participación social de la casa central en el EP. Es más, a pesar de las remesas de beneficios de los EP se sujeten a imposición como las rentas de las acciones y que, por esa vía pueda pensarse que se enmarcan dentro de la tercera parte del art. 10.3 del Modelo o en la versión amplísima de la remisión que contiene algunos tratados, el tenor literal de la comparación exigiría que se compare el tratamiento fiscal de los dividendos en el Estado de la casa central, con el de las remesas de beneficios, lo que no tiene ningún sentido. Así que a pesar de que la lógica económica aconseje tratar neutralmente a las remesas de beneficios de los EP y los dividendos de las filiales, el MCOCDE no permite responder a éstos retos, gracias a que no comprende dentro del ámbito subjetivo del CDI a los EP. A los problemas descritos se une la cuestión de la discriminación que se suscitara por gravar de forma más gravosa al no residente del otro Estado contratante. Ello porque habrá dos hechos imposables por cada nivel de imposición al no residente, que no son semejantes al de las empresas residentes, pues éstas se ven sujetas a un solo nivel de imposición en su propia persona. Así, hasta tanto no se corrija el ámbito subjetivo de los CDI, los impuestos complementarios (*branch tax*) serán cuestionados por vulnerar los artículos 24, 10.5, 10.1 y 3.1.b) del Modelo, de ahí que bajo la estructura actual lo más aconsejable sea incluir cláusulas de salvaguarda específicas y la asignación de un tratamiento neutral, que consiste en replicar el tipo de gravamen permitido para los dividendos provenientes de una participación sustancial, respecto de las remesas de beneficios obtenidos mediante un EP, pero sin calificar esos últimos ingresos como dividendos a efectos del CDI. (Cap. III, aptdo. 1.5.5)

9.5. El elemento de la entidad distribuidora de dividendos requiere diferenciar entre los beneficios de la entidad y los dividendos propiamente, gracias a que los límites del art. 10.2 del Modelo se refieren sólo a éstos últimos. La jurisprudencia y la doctrina tienden a considerar que el criterio debe ser estrictamente formal, esto es, dependiente de quién es el



contribuyente. En ese sentido, si se comprueba que la entidad distribuidora cumple la obligación tributaria, pero no lo hace en calidad de contribuyente, podrían aplicar los límites del CDI, como se ha concluido en India. Por ello, la diferenciación debe ser tenida muy en cuenta por los negociadores de los CDI, y de ser necesario deben aclararse los casos donde pueda ser difícil determinar el sujeto pasivo del tributo. Especialmente, ha de tenerse en cuenta la distinción formal entre ambos tipos de tributos para poder garantizar así el mayor grado de reciprocidad. Por ejemplo, en el caso colombiano se elimina la doble imposición económica considerando como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional a los dividendos provenientes de beneficios gravados en la sociedad, de forma que si no soportan imposición serán sujetos a nombre del socio como dividendos. Ello ha requerido negociar excepciones al artículo 10 del MCOUDE que han pretendido permitir esa imposición por fuera de los límites del 5 o 15%. No obstante, errores en la redacción de los Protocolos de algunos CDI no han permitido lograr ese cometido. (Cap. III, aptdo. 1.6)

10. El art. 10.3 señala que la fuente de la renta son las participaciones sociales definidas formalmente en su primera parte, de forma amplia en la segunda y, por remisión en su tercera. La relación entre las tres partes es un asunto que está lejos de ser claro, pues mientras la mayoría de la doctrina, encabezada por VOGEL, sostiene que existe un significado intrínseco en las tres partes, es evidente que en la búsqueda del mismo los autores trasladan criterios distintivos del endeudamiento y los fondos propios que la legislación interna prevé. Debe resaltarse que estos no son uniformes para todas las normas jurídicas de un mismo ordenamiento (legislación fiscal, societaria y contable), y tampoco son uniformes a nivel internacional, en particular porque en cada caso pueden adoptarse análisis meramente formales o sustanciales del activo, y en éste último caso dar más o menos peso a los derechos políticos, económicos sobre los beneficios o económicos sobre la cuota de liquidación. En consecuencia, debe aceptarse que existen tres partes diferenciadas de la definición que utilizan tres aproximaciones distintas para describir el activo del cual proviene un rendimiento. Económicamente el rendimiento debiera ser la distribución de beneficios de la entidad distribuidora y los negociadores deben evaluar en cada caso que eso sea así, considerando en particular los significados que podrían adquirir en cada legislación los derechos caracterizados en cada parte. (Cap. III, aptdo. 1.1.1)

Porque además, las dos condiciones generales de la segunda parte de la definición, participar en beneficios y no ser un derecho de crédito, no se refieren a los activos de la primera parte como lo defiende PIJL, sino que por el contrario pretender caracterizar a los “otros derechos” de la segunda. La historia de los trabajos WP12 demuestran esta conclusión. (Cap. III, aptdo. 1.1.2)

10.1. La primera parte de la definición enumera varios derechos que podrían ser entendidos según su estricto significado mercantil en el Estado de la residencia de la entidad o también atendiendo a una categoría creada a partir de las características mercantiles y fiscales comunes a todos los activos enumerados. No obstante, es difícil extraer esas características, puesto que:

i) las acciones pueden ser entendidas en inglés como participaciones en sociedades de capital, mientras que en español y francés como participaciones en sociedades anónimas y comanditas por acciones; además, dado que existen diferentes líneas divisorias entre endeudamiento y fondos propios, los tipos de acciones pueden estar sometidos a reglas societarias, contables o fiscales distintas. Piénsese en las acciones rescatables, preferenciales y sin derecho a voto, que podrán tener el régimen contable y/o fiscal del pasivo. Y es que en la búsqueda de ese significado común, la doctrina ha aceptado como principal característica la participación en las pérdidas o ganancias en la cuota de liquidación. En nuestra opinión esto se antoja arbitrario, pues existen privilegios en las acciones que operan como límites mínimos (*floor*) y máximos (*caps*) y que no por ese mero hecho dejan de generar rendimientos que soportan una imposición subyacente ni dejan de ser “acciones”. Además, bajo el criterio de la participación en la cuota de liquidación las acciones con tales privilegios no calificarían como intereses ni como dividendos, pero posiblemente como beneficios empresariales u otras rentas, previniendo al Estado de la fuente de gravar. Ese resultado es cuanto menos cuestionable desde el punto de vista de la neutralidad y justicia en el reparto. Incluso, no queda claro que ocurriría si se participa en las variaciones positivas de la cuota de liquidación y no en las negativas, o viceversa, ni si lo que interesa es la contingencia sobre el derecho a esa cuota, o respecto del monto de la cuota misma. Eso se aprecia en la problemática calificación que tienen las acciones rescatables, puesto que existe una participación en el riesgo representado en la cuota de liquidación, pero sólo hasta cuando se amorticen y en todo caso, dependiendo de si la opción de canjear la acción la tiene el accionista o la entidad. Algunos autores suman a la participación en la cuota de liquidación el criterio de la participación en los beneficios, desconociendo que cada uno puede permitir llegar a calificaciones distintas, sobre todo ante instrumentos financieros híbridos. Es más, la propia participación en beneficios puede ser entendida como una contingencia sobre el derecho a recibir el pago, o una contingencia sobre el monto del mismo, disyuntiva que la doctrina no resuelve y daría lugar a respuestas distintas respecto de las

acciones con dividendo fijo, por ejemplo. En últimas, defender un significado intrínseco lleva a la inseguridad jurídica. (Cap. III, aptdo. 1.2.1)

ii) las “acciones de disfrute”, los “bonos de disfrute” en la versión francesa y española, o los “derechos de disfrute” si se sigue la redacción inglesa, cobran diversos significados en la doctrina y la jurisprudencia. De un lado, es evidente que la traducción española requiere un título valor, el bono, mientras que la inglesa tiene un significado especialmente amplio. Al tiempo, la acción es un título valor, pero con la característica de que es una representación del capital social, a diferencia del bono. Así que es difícil sostener que estas palabras pretenden designar una misma propiedad. Su inclusión en los CDI es cuestionable cuando los derechos internos no prevén estos dentro del catálogo del Derecho societario, puesto que se ha comprobado que los autores pueden entenderlos como: a) un derecho de disfrute en un sentido civilista de recibir los frutos naturales o civiles de una cosa (p. ej. el usufructo); b) un activo que da derecho a participar en beneficios, pero con participación política restringida (p. ej. acciones sin derecho a voto); c) un título con las características recién mencionadas, pero cuyo origen se encuentra en una reducción de capital. Este significado tiene un importante soporte histórico; d) cualquier tipo de derechos que den lugar a participar de los beneficios o las ganancias sociales que no puedan ser calificados como otra renta. Estos cuatro significados dan cuenta su carácter polisémico y su condición de puerta giratoria en la pretendida muralla delimitadora entre dividendos e intereses. Finalmente, cabe advertir que el significado intrínseco propuesto por VOGEL para toda la definición y que restringiría los vocablos que venimos comentando, tienen sentido en la legislación y convenios alemanes (aunque existen sentencias contrarias a tal conclusión en ese país). Fuera de esa jurisdicción su aplicación es discutible. (Cap. III, aptdo. 1.2.2)

iii) Las participaciones mineras son descritas en inglés como “shares”, lo que da cuenta que en inglés se usa esa palabra de forma más amplia que el término “acciones”, conclusión que podría impactar la interpretación del primer activo enunciado por el art. 10.3 del Modelo. En todo caso, las participaciones mineras pueden tener significados especiales en las legislaciones internas, y así dar lugar a la discusión de si los rendimientos en sociedades mineras transparentes son dividendos o no. En nuestra opinión debe existir una entidad distribuidora previamente a la calificación de la participación, pero en todo caso parece importante excluir este activo cuando la entidad sea transparente para evitar discusiones. (Cap. III, aptdo. 1.2.3) Las partes de fundador también se suelen excluir en los CDI, y ello tiene sentido cuando según el derecho interno bien se consideran acciones o participaciones sociales, y se les asigna el régimen fiscal de las acciones, pero también cuando no tienen el régimen fiscal de las acciones. Por esto último es cuestionable que España incluya los rendimientos de las partes de fundador en la definición de dividendos de los CDI, cuando en su derecho interno éstos se gravan como rendimientos del trabajo. De cualquier forma, su propósito claramente fue incluir a los intereses en los beneficios que derivan del contrato social y por la prestación de servicios a la entidad durante su fundación o promoción. Los trabajos del WP 1 de la OCDE en 1973 contradicen directamente la postura de VOGEL del significado intrínseco, al admitir que las partes de fundador por lo general no dan derecho sobre la cuota de liquidación

y, sin embargo, generan dividendos a efectos del art. 10 del Modelo. (Cap. III, aptdo. 1.2.4)

10.2. La segunda parte de la definición comprende unas características generales que resultan más apropiadas desde un punto de vista de técnica legislativa del Tratado. La caracterización a partir de que no sean derechos de crédito es relevante, pues este significado es bastante preciso en la medida en que se requiere de un derecho contractual que obliga a un deudor, frente al acreedor, al pago de un principal por un principal o valor nominal, y sin que el propio contrato prevea una contingencia sobre la reducción monto de tal reembolso. Eso permite observar que la segunda parte de la definición de dividendos no puede incluir a aquellos rendimientos de activos que compartan los riesgos empresariales, entendidos éstos según el criterio del riesgo propuesto por los Comentarios de la OCDE, si la obligación de repago de monto del principal se prevé contractualmente. En esa misma línea, la definición de intereses del art. 11 (que se construye a partir de los rendimientos de los derechos de crédito) no podría excluir los rendimientos de tales activos. Ello lleva entonces a que no se pueda calificar como intereses los rendimientos de cuentas en participación cuando el riesgo del oculto se extienda a las participaciones en pérdidas, aunque si puedan ser considerados dividendos dentro de la segunda parte de la definición. En esa misma línea, los préstamos perpetuos o a largo plazo, o los que generen intereses recalificados como dividendos en virtud de normas de subcapitalización, no encuadran dentro de los activos enunciados en la segunda parte del art. 10.3 del Modelo. (Cap. III, aptdo. 1.3)

10.3. La tercera parte de la definición contiene una remisión dinámica al derecho interno, que en todo caso ha de respetar la –amplia- exigencia de buena fe de la CVDT. Bajo el MCOCDE la remisión requiere que sea un rendimiento: a) de participaciones sociales; b) sujeto al mismo régimen fiscal que las acciones. Las remisiones amplias y amplísimas cambian el primer requisito como se ha dicho, y eso se explica porque la expresión participaciones sociales puede ser entendida: i) *stricto sensu* como los activos que tienen las características ordinarias de un socio en una sociedad, dentro del cual cabría el significado intrínseco de VOGEL o el criterio del riesgo de los CMOCDE; ii) *lato sensu*, como una relación financiera tratada por el derecho interno como tal o incluso como cualquier

relación en la cual la contraparte es una entidad distribuidora de dividendos, como defiende PIJL. El segundo requisito, la comparabilidad, demuestra el interés que ha tenido la OEEC y OCDE por garantizar el régimen fiscal de los dividendos previsto en los CDI a las rentas que tengan el régimen fiscal de los dividendos en el nivel interno, caracterizado éste por ser un mismo objeto imponible gravado en dos sujetos distintos. Por consiguiente, ese tipo de rentas sería el significado, y el significante todo el art. 10.3. La primacía de la interpretación autónoma convencional de las “participaciones sociales” y, de la primera y segunda parte del citado párrafo tercero del art. 10 sobre la remisión, solo puede llevar a una disociación entre significante y significado que potencia el *debt-equity conundrum*. A lo anterior se suma el hecho que si bien bajo la redacción de la remisión del art. 10.3 del borrador de 1963 es posible acudir directamente a las normas definitorias de los rendimientos de la participación en los fondos propios de entidades, a los presupuestos de hecho sustitutivos y demás preceptos de remisión a la categoría de renta interna; la remisión al régimen fiscal de las acciones incorporada en 1977 supone evaluar un número muy amplio de factores (tipo, base imponible, aspecto temporal, aspecto espacial) que son difíciles de determinar, ya que existen regímenes fiscales para los dividendos internos, para los *outbound*, para los pagados a personas físicas o a personas naturales, por participaciones de portafolio o sustanciales, etc. El criterio de la deducibilidad del pago en la entidad distribuidora parece alejarse del tenor literal que menciona, por el contrario, al régimen fiscal de las acciones no de los beneficios de los que proceden. En todo caso, la *ratio* detrás de la definición de dividendos aconsejaría analizar la renta como un solo objeto imponible y por ello considerar la deducibilidad. (Cap. III, aptdo. 1.4)

10.4. En nuestra opinión, las relaciones entre los artículos de dividendos e intereses vienen definidas por la idea de que los derechos de crédito no pueden comprenderse en la segunda parte, pero si en la tercera cuando se asume un concepto de participaciones sociales amplio. Sin embargo, los CMOCDE son particularmente confusos a éste respecto, pues pretenden justificar un significado autónomo convencional de participaciones sociales a partir del criterio del riesgo, sin señalar respecto de qué parte de la definición del art. 10.3 aplica. Entendemos que su único fundamento normativo podría ser la tercera parte y que, en todo caso, se causaría una antinomia con el art. 11.3, puesto que los “derechos de crédito”

entendidos desde la perspectiva descrita arriba generarían siempre intereses, pero cuando participen en el riesgo según el criterio sustancial del art. 10.3 en su tercera parte, también dividendos. Esa antinomia se soluciona dando preferencia a ésta última calificación. Algunos CDI acertadamente incluyen una regla de desempate que soluciona expresamente la cuestión. La posición que planteamos no es unánime, ya que el significado amplio de participaciones sociales no es admitido por los CMOCDE que de hecho asumen el criterio del riesgo para distinguir entre los rendimientos de los art. 10 y 11. El riesgo se mide a partir de un análisis multifactorial que puede ser contradictorio en sus resultados, pues algunos factores dan prevalencia al criterio de la remuneración, otros al de devolución del capital, visto desde un punto de vista del instrumento, mientras que otros atienden a la posibilidad económica de obtener tal devolución bajo el análisis de una situación de subcapitalización. La doctrina ha querido justificar un criterio único de distinción, los autores varían su opinión sobre cuál sería dicho factor determinante. Para algunos únicamente interesa la participación en las plusvalías e incrementos de valor de los activos de la sociedad y, para otros, a eso ha de agregarse una participación en las pérdidas, lo que se representa fundamentalmente en la subordinación. Estos criterios son borrosos para delimitar las categorías de deuda y capital ante instrumentos híbridos, y en buena medida carecen de lógica desde de la perspectiva fiscal. Es más, la existencia de CDI que contienen remisiones al derecho interno del Estado de la fuente en la definición de intereses potencia la posibilidad de conflictos de calificación.

El caso de los JSCP brasileros es ilustrativo de los problemas que se describen en este párrafo, puesto que si bien bajo la redacción del MCOCDE 2014 es posible entender que esos rendimientos se calificarían como dividendos, en la redacción del CDI entre España y Brasil la remisión al derecho interno en la definición de intereses obligaría a calificarlos como tal a efectos convencionales, y en esa línea no garantizar el régimen de exención prevista por el propio Tratado para los dividendos, sin perjuicio de que bajo la norma interna española si puedan ser declarados exentos. Si el criterio del riesgo se asume, el resultado sería conceder la exención prevista para los dividendos en el CDI, lo que puede ser un resultado contrario a una posible política de evitar la doble no imposición. En

conclusión, los resultados asimétricos causados por los híbridos financieros deben ser atacados a través de enfoques integrales. (Cap. III, aptdo. 1.5)

10.5. Las distintas formas que los Estados adoptan para luchar contra la subcapitalización ponen en tensión la interpretación de la definición de dividendos de los CDI y la propia *ratio* de existencia de esa categoría. En esa línea se han destacado tres tipos de normas que impiden la deducibilidad de los intereses: la primera recalifica el instrumento financiero en patrimonio; la segunda solo recalifica la remuneración en dividendos, y; la tercera únicamente prohíbe la deducibilidad. La clasificación de esa renta no deducible es discutible bajo los CDI. De un lado, se discute si puede ser una participación social. Si se acepta el criterio del riesgo empresarial, habría que indicar que en los tres casos el instrumento es una participación social -en el sentido de la tercera parte de la definición- cuando se asumen los riesgos empresariales y sin importar la naturaleza mercantil o fiscal. Al mismo resultado se llega cuando se acepta el significado amplio de participaciones sociales, en el sentido de toda relación asociativa o financiera. Sin embargo, algunos autores y cierta jurisprudencia admiten que sólo las recalificaciones del primer tipo de normas se califican dentro del art. 10, pues existe un cambio en la naturaleza del instrumento a efectos fiscales que se admite por el CDI. La comparación del tratamiento tributario debe evaluarse con todos los factores que ya se han mencionado, y donde la no deducibilidad, en principio, no juega un papel relevante.

En la práctica, el problema de las normas de subcapitalización se difumina entre la calificación del instrumento que es la fuente del rendimiento, esto es, la participación social, y la cuantificación de la capitalización adecuada. Así, al final lo relevante es fijar el monto de intereses no deducibles y/o sujetos al régimen fiscal de las acciones, ya que es un asunto que los CMOCDE proponen determinar simultáneamente a través del criterio del riesgo y del principio de plena competencia (*arm's lenght*), cuando es evidente que se puede llegar a resultados disímiles con cada uno y así causar inseguridad jurídica. Bajo la tesis que hemos sostenido del amplio significado del término participaciones sociales el problema de la cuantificación es irrelevante.

Finalmente, cuando el Estado de la fuente califica el rendimiento dentro del art. 10, el párr. 68 de los Comentarios al art. 23 del Modelo pretende exigir ciertos requisitos para que la residencia se vea obligada a conceder el método de eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Informe de 1987 da a entender que esos requisitos sólo aplican para los métodos internos o los convencionales que en su redacción se refieran a la categoría de renta sin indicación del artículo 10 del Tratado. De tal manera, esas restricciones no se predicán del texto del Modelo, ni de redacciones con mención del art. 10. (Cap. III, aptdo. 1.6.1)

Ahora bien, fuera de las normas de subcapitalización y limitación a la deducibilidad de intereses, existen propuestas teóricas, pocas veces transformadas en realidades normativas, que propugnan un cambio estructural a la asimetría del tratamiento fiscal del endeudamiento y los fondos propios, y en ese sentido impactan la *ratio* de la definición del art. 10.3 del MCOCDE. Tales propuestas pueden clasificarse en dos grandes grupos según su impacto en la fiscalidad internacional: a) las que refuerzan la potestad impositiva de la fuente, en particular las que proponen i) hacer no deducible las remuneraciones del endeudamiento; y, ii) los que imponen una retención en la fuente para intereses de deudas económicamente similares a los instrumentos de capital, que equivale a la carga fiscal de los dividendos propiamente y de los beneficios de los cuales derivan. Estas soluciones pueden causar problemas respecto de los CDI. Por ejemplo, los rendimientos que resultan no deducibles podrían entenderse como “participaciones sociales” en un sentido amplio y con un régimen fiscal semejante al de las acciones. Así mismo, en la solución ii) se tendrían que delimitar los instrumentos económicamente similares y renegociar los CDI para admitir una imposición mayor de los intereses; b) las que refuerzan el gravamen en el Estado de la residencia. Dentro de éstas se incluye la admisión de la deducibilidad de los dividendos en la entidad distribuidora, reduciendo así el gravamen en el Estado de la fuente y aumentando el de la residencia, siempre que ésta última jurisdicción no otorgue el crédito fiscal indirecto o la exención. La deducción de dividendos puede causar conflictos de calificación bajo los CDI. (Cap. III, aptdo. 1.6.2)



11. El art. 10.3 del MCOCDE exige una relación entre la fuente –las participaciones en las entidades distribuidoras- y los rendimientos. Esa relación encuentra soporte legal en la preposición “de” de la definición, pero más allá de eso es un asunto no definido por el Tratado, de forma que el derecho interno de los estados contratantes no resulta limitado. Por consiguiente, no hay soporte normativo para la afirmación hecha por la doctrina mayoritaria, en voz de VOGEL, HELMINEN o HATTING de que el Modelo señala una relación socio-sociedad como causa del rendimiento. Como se vio, los derechos internos tributarios pueden asumir visiones estrictas o amplias de la *societatis causa* que podrían dar lugar a conflictos de atribución. Sin embargo, los mismos no son un problema directamente relacionado con la definición de dividendos, que exige un nexo entre la renta y la participación social que puede ser determinado por las legislaciones internas de los estados contratantes dentro de un margen muy amplio. Según el art. 10.3, junto con el artículo 3 (apdo. 1 y 2) del Modelo, en caso de que las legislaciones internas al determinar ese nexo supongan un *conflicto de calificación de la renta*, se ha de dar prevalencia al nexo que prevea la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Por ello, los MCOCDE más que ser contradictorios al referirse a los dividendos alternativamente como distribuciones de beneficios o rentas participaciones, simplemente reconocen que los estados pueden dar más importancia a la capacidad contributiva de la entidad o de los socios para fijar ese nexo. De ahí que el Tratado no restrinja las medidas que buscan evitar el fraude de las distribuciones ocultas de beneficios que afecten la imposición de la entidad distribuidora, cuando el mismo se justifica como una atribución de la renta de las participaciones sociales a un sujeto que no es el socio según una estricta perspectiva mercantil. (Cap. III, apdo. 3.1.)

11.1. La renta/rendimiento es un elemento requerido por el nexo del que habla la definición de dividendos del CDI. Los CDI no la definen pero las legislaciones fiscales si lo hacen, adoptando además distintos sistemas que pueden o no diferenciar entre las rentas de las participaciones en entidades y las ganancias patrimoniales derivadas de las mismas. Esa distinción en la legislación interna genera oportunidades de arbitraje que, por lo general, llevan a que se prefiera realizar una ganancia de capital que obtener dividendos. Los CDI acentúan esas diferencias al gravar exclusivamente en la residencia a las primeras (art. 13.5

MCOCDE) y limitadamente en la fuente a las segundas, rompiendo así la simetría que pretende el Modelo entre renta, ganancia y patrimonio. De ahí que el Estado de la fuente puede considerar que las ganancias por la enajenación de las participaciones sociales son dividendos. Esa calificación estaría acorde con los CDI, y obligaría a la residencia a no oponer su derecho interno y a seguir a la legislación de la fuente, toda vez que se cumpla con los requisitos de la tercera parte del art. 10.3 del Modelo. Así, el art. 10 puede comprender a las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales que calificarían en el art. 13.5 del Modelo, siempre que la legislación del Estado de la fuente así lo determine. Existe por tanto una regla de prioridad del art. 10. Ello implica que el término “renta/rendimiento” usado en el CDI no puede ser el fundamento para alegar la teoría del fruto y el árbol, y justificar que el artículo de dividendos solo comprende a las rentas que no consumen su fuente, puesto que tal palabra se califica por las legislaciones de cada Estado, bajo la distinción entre ganancias de capital y rendimientos que a bien tengan, pudiendo incluir a las rentas ficticias, los pagos especie o las distribuciones encubiertas de beneficios. Sin embargo, los CDI para evitar las posibles interpretaciones restrictivas reemplazan la palabra “renta” por “ingresos”, “elementos”, “ítems” o “montos”. La palabra “renta/rendimiento”, en todo caso, ha de interpretarse en concordancia con los impuestos comprendidos por el CDI (art. 2 MCODE) y por ello de acuerdo con la *lex fori*, de forma que el Estado de la residencia puede comprender como “renta” lo que no ha sido aún calificado como “renta” en el otro Estado, por ejemplo por no haberse dado una efectiva distribución.

Con todo lo anterior, la calificación de ganancias por la enajenación de las participaciones sociales en el art. 10 debe ser estudiada respecto de las restricciones que las palabras “de” y “participaciones sociales” puedan imponer. Del mismo modo, sólo de esas dos palabras podría derivar un nexo entre la participación (o la renta) y el sujeto que tiene derecho al CDI. Empero, a nuestro juicio, de esas dos palabras de la definición del art. 10.3 del Modelo no es posible extraer ningún vínculo entre el rendimiento y las participaciones, distinto al requisito de que los activos o el patrimonio de la entidad se disminuyan. Por consiguiente, es ineludible concluir que la atribución del rendimiento no se ve restringida por la definición de dividendos del CDI, que comprenderá los pagos hechos al titular de

acción o a un tercero por parte de la entidad distribuidora de dividendos, siempre que el Estado de la fuente los considere derivados de una *societatis causa*. Bajo esa hipótesis cabe analizar los siguientes supuestos: (Cap. III, aptdo. 3.2)

11.2. Existen varias formas de transferir económicamente los beneficios de la entidad a los socios sin generar dividendos desde un punto de vista mercantil estricto. La más relevante es el pago a vinculados económicos de precios de transferencia por relaciones financieras o comerciales que exceden del principio de independencia (*arm's length*). La corrección de los beneficios de las partes en virtud de normas de valoración, puede suponer simples devoluciones voluntarias (*set offs*), ajustes compensatorios permitidos por la legislación a los contribuyentes o ajustes secundarios ordenados por la legislación. Cuando éstos ajuste los realiza la entidad distribuidora a sus socios, las legislaciones pueden calificarlos como dividendos. Si es el Estado de la fuente el que considera como dividendos esos rendimientos, la tercera parte de la definición del art. 10.3 debería permitir esa calificación convencional siempre que exista una *societatis causa* directa o indirecta, es decir, no importaría que la distribución se atribuya a una sociedad abuela o hermana del grupo, o a personas especialmente relacionadas con el socio. De ahí que, si bien las legislaciones (como la francesa) pueden verse limitadas por el art. 21 del MCOCDE cuando consideran como una distribución de beneficios cualquier exceso del precio de mercado, con independencia de si se pacta con una parte relacionada o no, parece razonable que el art. 10 será aplicable cuando exista alguna relación entre el sujeto que detenta la participación y el que recibe el exceso del precio de mercado. Ahora bien, si el ajuste secundario o la calificación del exceso de precios de transferencia con la matriz u otros vinculados lo realiza el Estado de residencia de la matriz y lo califica como dividendo, la remisión del art. 10.3 no aplicaría. No creemos que el significado autónomo de la primera y segunda parte de ese precepto debiera servir para justificar que el nexo previsto por la legislación del Estado de la residencia del socio deba prevalecer sobre el nexo de la legislación del Estado de fuente. En este caso se presentaría un conflicto de calificación que, conforme a las formas de solución que hemos defendido, debiera ser resuelto con la prevalencia de esta última legislación. (Cap. III, aptdo. 3.3.1) Ahora bien, una segunda forma de transferir beneficios que resulta de interés es mediante el pago del dividendo en acciones. En estos

casos existe un nexo entre el rendimiento y las participaciones sociales, y no hay duda que tienen una *societatis causa*, aunque no hay claramente una disminución de los activos o del patrimonio de la sociedad, al menos si las participaciones son de nueva suscripción. (Cap. III, aptdo. 3.3.1)

11.3. En condiciones normales el valor de mercado de las participaciones sociales representa económicamente los beneficios no distribuidos y las reservas ocultas. De ésta forma, la enajenación de la participación puede permitir al socio obtener el valor implícito de los dividendos. Dada las faltas de neutralidad en el tratamiento fiscal de los rendimientos de las participaciones sociales y las ganancias de capital derivadas de la enajenación de las mismas, existen esquemas de planificación fiscal que generan cuestiones respecto de la definición de dividendos, que se pueden agrupar en los lavados de dividendo y las liquidaciones. (Cap. III, aptdo. 3.4)

11.3.1. Existen distintas formas de lavado de dividendo (*dividend stripping*). Son esquemas donde se pueden explotar las diferencias entre los rendimientos y las ganancias de capital, y entre los diferentes regímenes de dividendos que existen dependiendo de las condiciones subjetivas del receptor. En ese sentido se busca que el receptor reúna las condiciones personales previstas para garantizar el régimen de los dividendos internos o del CDI más beneficioso. En nuestra opinión, la definición de dividendos del CDI no condiciona la atribución de los dividendos, ni la configuración del elemento subjetivo del hecho imponible previsto por las legislaciones internas, de modo que no impide calificar como dividendos la renta pagada por la entidad distribuidora al tenedor de un cupón de dividendos o usufructuario que no sea titular de la participación social de la que derivan los rendimientos, como tampoco restringe al Estado para considerar que el titular de la participación es quien obtiene los rendimientos. Por el contrario, la calificación de la renta que obtiene el titular de la participación por la enajenación del cupón no tiene como fuente directa la participación y puede ser cuestionable su encuadramiento en el art. 10.3 del MCOCDE. En los casos de préstamos de valores, *swaps*, repos y otros negocios que impliquen que el titular inicial de la participación recibe del titular actual de la misma un pago sustitutivo de dividendos, la legislación interna podría calificar como dividendos a

efectos de los CDI los pagos hechos por la entidad distribuidora considerando las condiciones subjetivas del titular actual o del titular inicial, sin desconocer el art. 10.3 del Modelo. La posición defendida evita recaer en dudosos argumentos como aceptar los CMOCDE de 2003 sobre el abuso, justificar que el prestamista fue titular en algún momento de la participación o incluso admitir que el prestamista soporta realmente el riesgo empresarial. Con todo, el pago sustitutivo en sí mismo difícilmente puede calificarse como dividendos. Finalmente, en aquellos casos en que normas anti-abuso recalifican en dividendos las ganancias por la enajenación de acciones, uno de los principales criterios para evaluar su conformidad con el art. 10.3 del Modelo será la pérdida de activos o de patrimonio por parte de la entidad a favor del enajenante, como ocurrió en el caso *RMM Canadian Enterprises v. The Queen*. (Cap. III, aptdo. 3.4.1)

11.3.2. A través de liquidaciones parciales o totales del capital de la sociedad es posible repartir los beneficios de la entidad, ya que estos equivaldrán al resultado de restar al ingreso (cuota de liquidación o valor de la amortización de la participación) el costo histórico de la aportación. Esos rendimientos que afloran para el socio cuando la sociedad se liquida totalmente, adquiere sus propias participaciones para tenerlas en auto cartera o para amortizarlas, o cuando reduce el capital con devolución de aportaciones, habrá una pérdida de activos o una reducción del patrimonio, condición que hemos manifestado permite al Estado de la fuente calificar la ganancia como dividendos a efectos de los CDI. En cualquier caso, existen posiciones en contrario que justifican adoptar una tercera parte de la definición de dividendos amplísima como la del MCEUA. (Cap. III, aptdo. 3.4.1)

12. Finalmente, existen casos especiales donde la fuente de los dividendos es dudosamente la participación social y las conclusiones aquí establecidas deben ser matizadas. Por ejemplo, la enajenación de participaciones sociales en entidades inmobiliarias cuando resulta aplicable el art. 13.4 del MCOCDE o reglas semejantes que se encuentran en la práctica española, se entiende que los art. 10 y 13.5 deben ceder por ser generales. Por otro lado, las devoluciones de impuestos o instituciones similares de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio que supongan un flujo de dineros de la administración tributaria a los socios, como por ejemplo el *Advance Corporate Tax* inglés o

el *avoir fiscal* francés no tienen su fuente directa en la participación social, ni son pagados por una sociedad, por ello, es aconsejable incluirlos en la definición de dividendos expresamente. (Cap. III, aptdo. 3.4.1)

Con todo lo dicho, de *lege ferenda* es recomendable eliminar la remisión al derecho interno en el artículo de intereses; adoptar una definición de dividendos amplísima; excluir de la primera parte aquellos derechos que, entendidos desde el Derecho privado, no tengan el régimen fiscal de las acciones; y, regular expresamente los supuestos más conflictivos que son los que hemos mencionado a lo largo de ésta tesis. Pero, como dijo con razón Benedetti, “cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto, cambiaron todas las preguntas”: ¿Deberían existir límites a esas remisiones amplísimas en la definición de dividendos? Si así fuera, ¿Cuáles? Siguiendo los términos de LARENZ, en el DTI no existe un “sistema interno”, puesto que a nivel internacional difícilmente puede afirmarse la existencia de principios que articulen a los ordenamientos jurídicos de todos los Estados contratantes. Estos últimos son sistemas internos, pero los puentes que entre los mismos se construyen con los CDI, en cuanto hace a las normas distributivas (art. 6-22 MCOCDE), sólo tienen como finalidad repartir el poder de imposición y promover el intercambio económico. Por lo anterior, y dado que no existe una idea de capacidad contributiva a nivel internacional y por el contrario, diversas finalidades extrafiscales, la definición de dividendos en los CDI es un “concepto abstracto-general” con fines de subsumibilidad, que, parafraseando a LARENZ, no es útil más que al “sistema interno” del Estado de la fuente, pues su grado de abstracción al nivel convencional lo hace vacío de contenido para el “sistema” internacional y para el “sistema” del Estado de residencia<sup>1347</sup>.

---

<sup>1347</sup> LARENZ 2010: p. 465-482.

## ABSTRACT AND CONCLUSIONS

The main goal set for this thesis was to analyze the application and interpretation of art. 10.3 of the OECD Model, in order to seek solutions for the most common conflicts of qualification, from a *lege lata* and *lege ferenda* perspective. The results of the research and the author's conclusions are the following:

1. The dividend concept has always been important to income tax law. This relevance is evidenced by the fact that impersonal taxes, common tax liabilities two centuries ago and predecessors of source tax rules, dealt with the problem of deciding if the shareholder of the company produced the original sourced and qualified income or, if the fiction of the personality implied a (another) fiction, that the shareholders derived income from the corporate rights. Nowadays it is worldwide extended that dividends are sourced in the State of residence of the company. Moreover, global income taxes gradually adopted by countries in the 20<sup>th</sup> century prohibited the dividend deduction in the taxable base of the payer companies. Therefore, dividends must be defined for rules attempting to eliminate economic double taxation. (Chapter I, section 1.1)

2. The importance of the dividend concept is closely connected with the admission of legal entities as taxpayers of income tax. Once those subjects obtain income, the shareholders will not receive the same source earnings. This fiction is important to specify the income tax regime of two different taxable objects: outbound dividends and inbound dividends. Outbound dividends are not deductible in the taxable base of the payer and sometimes the beneficiary or the direct recipient can eliminate or alleviate economic double taxation. Inbound dividends are those that accrue to recipients resident in one State (by means of subjective connecting factors), whose legislation usually alleviate the economic double taxation. (Chapter I, section 1.2)

2.1. Non deductibility of dividends is based in the private law idea of capital impairment. However, tax law extends the meaning of dividends because the corporate law concept is not wide enough to describe other distributions of profits that may affect the ability to pay principle. The limitation of dividend deduction is one of the most recurrent debates in tax

law: the taxation of entities and its members. The revision of the economic and juridical doctrine on this debate reveals that the dividend concept is required in classic and integration systems, rather than the unity one. But the extension of the concept depends on the degree of neutrality achieved by those systems in relation with: i) the way the undertaking is carried by: the individual as itself or as the corporate entity; ii) the debt-equity choice; and, iii) the different methods of compensating shareholders. Each of the three types of asymmetries is related with the three elements of the dividend concept: i) dividend distributing entity; ii) corporate rights, and; iii) the relationship between the income and the participation. It also worth mentioning that integration systems can vary the quantification of income tax at the level of the entity or at the level of shareholder, and even create different tax regimes of dividends. For example, dividends derived from profits taxed at the general rate, at the reduced rate or exempted; or dividends received by individuals, companies, companies with a substantial participation, active shareholders or passive shareholders. (Chapter I, section 1.2)

2.2. In the shareholder's residence State, dividends are part of the global income of the shareholder. However, the concept of dividends is again relevant to distinguish a taxable object that, for economic reasons (capital export or import neutrality), should be treated in a special manner. The shareholder's residence State legislation usually grants an exemption or an indirect tax credit for inbound dividends. The use of those methods to eliminate economic double taxation can create asymmetries in the taxation of other elements of income that, from an economic point of view, are substitutional of dividends, such as interests, business profits with permanent establishment (PE) and capital gains for the alienation of corporate rights. Also, the distinction between dividends from substantial participation and from portfolio investments is arbitrary and incoherent, insofar both lead equally to (undesirable) economic double taxation. Furthermore, substitution problems can arise due to the fact that the three elements of the general concept of dividends are defined according with two different legal orders. To be precise, each legal order has at least one definition for tax law purposes and other for private law purposes. Consequently, each element of the general concept of dividends can be defined, at least, in four different ways. Therefore, the classical problem of concepts from private law used in tax law rules is



aggravated in international tax law, and conflicts in the qualification of entities, debt-equity instruments and income are not only hypothetically possible, but usual. In addition, we cannot deny the principle of uniformity of the law, but cases and legislations reviewed in this research show us that autonomous definitions in tax law are emerging. For example, BEPS project (and legislations inspired by) is looking at the relevant characteristics of entities and financial instruments in tax law. This characterization entails the existence of an independent taxpayer and the non deductibility of dividend, rather than the condition of being a legal person or the granted rights of the instrument. However, if the deductibility criterion is accepted, one could argue that it should also be the solution for those interests and other income not deductible in the company's tax base (i.e. interest barriers). Likewise, if the is the goal of the inclusion of those characteristics in double-taxation-method rules (in particular exemption) is to avoid double non-taxation), what is the difference between deducting the income from the taxable base of the company and mitigating double taxation at the level of the shareholder (credit in source)? (Chapter I, section 1.2.2)

3. In tax treaties, dividends are elements of income defined and ruled by Art. 10 (of the OECD Model and similar articles in actual tax treaties). The dividend category attempts to distribute the taxing rights of States and mitigate double taxation. Consequently, the definition of art. 10.3 applies only when a secondary qualification is required. Second qualification prevails over the first qualification made under domestic rules on inbound and outbound dividends. This result makes sense because treaties restrict domestic law. Source tax rules are limited to the provided percentage in art. 10.2, unless the corporate rights are effectively connected with a PE in that country (art. 10.4). Art. 10 does not restrict the taxing rights of the residence state of the shareholder, but as a "*distributive rules with incomplete or open legal consequences*" (VOGEL 1997), the residence State should eliminate double taxation through tax credit method (art. 23 A and 23 B OECD Model) (Chapter I, section 2)

3.1. The model admits taxation of the same taxable object twice in the residence State of the company: when income is derived by the dividend-distributing entity and when the profits are distributed to shareholders. Therefore, article 10 presumes the conventional

entity's residence State (art. 4 OECD Model) is the source country (objective connecting factor) for dividends. This presumption is confirmed by the prohibition of some types of extraterritoriality in article 10.5 of the Model, in particular, the place where underlined benefits originate (origin principle), the "loser" country as a result of the application of art. 4.3 tie break rules when the company is a dual resident. Conversely, extraterritoriality prohibition does not preclude the application of alternative connecting factors as the place of payment of dividends, the taxation of undistributed profits in the residence State (i.e. Controlled Foreign Corporation rules), nor branch taxes or second layer of taxation of PE. (Chapter I, section 2.1.1)

Article 10.2 limits the applicable rate in the source tax law insofar the beneficial owner of the dividends is resident in the other contracting State. The taxation of the distributing-company is not affected by the restriction. The second paragraph of art. 10 qualifies the person receiving dividends through the beneficial owner clause and, under subparagraph a), the substantial participation (i.e. the "holder" of the required capital-percentage) and partnerships exclusion. Under actual treaties, special rules include or exclude specific dividend recipients from the benefits of the paragraph or subparagraphs. Of all the aforementioned delimitations we have found the beneficial owner clause is the main one, however a deeper reflection about it, escapes the scope of this thesis. Beneficial owner is the person with a legal ownership right on the income and, in principle, the beneficial owner clause is just a requirement of the subjective scope of the treaty which the author has assumed. On the other hand, dividend definition does not mention the personal requirement of the income recipient and it does not presume the attribution of the income to the legal owner of the corporate rights. In short, dividends could be the income paid to the direct recipient or to the beneficial owner. (Chapter I, section 2.1.2)

The OECD Model has been conceived in accordance with the classical system of corporate/shareholder income taxation. Since this conception inspired the wording of art. 10, there is only a formal reciprocity in the statutory tax rate on dividend taxation. However, integration systems, common during the second half of the last century, consider one taxable object taxed in two different subjects. As a result, when the integration systems

reduce the taxation of the entity and pursue to tax the shareholder by increasing its taxation, tax treaties could be incoherent from a fiscal policy perspective and could not guarantee the effective reciprocity. Moreover, the simple increasing of the corporate tax rate can break the effective reciprocity of art. 10. (Chapter I, section 2.1.3)

3.2. Art. 10.1 respects the taxing rights of the Residence State of the beneficial owner or direct recipient. However, that State is obliged to eliminate double taxation with the specific method provided for dividends. Dividend definition is required in art. 23 A and 23 B of the Model. Both articles create asymmetries between dividends and business profits due to the fact that the applicable method for each one is different in the first article, and because the extent of the credit in the second article is also different. When this research started, we assumed the scope of the dividend definition was clear, and probably out of the scope of the thesis. Nevertheless, important confusions were found in literature and jurisprudence in relation with the application of methods for the elimination of double taxation. After having described and analyzed the problems in Chapter one, it is important to conclude that treaty methods only apply if domestic law does not eliminate double taxation. In those circumstances, art. 10.3 is required to defined the character of income, even if the wording of the treaty method contains a reference to the residence State domestic law. Most treaties, with and without references to domestic tax law, require that income should be taxed “in accordance with the provisions of” the Convention. Only, through the qualification of the element of income is possible to know if the taxation is in accordance with the DTC. Thus, art. 10.3 is necessary to define that the source taxation has been in accordance with the Treaty. (Chapter I, section 2.2.1) Contrary to the opinion of some relevant authors, it is stated in this thesis that art. 10.3 is relevant no matter if the wording of the method refers to the element of income by number (i.e. art. 10), by number and description (i.e. dividend in art. 10) or by a mere description (i.e. dividends). Finally, despite the fact that the credit method in art. 23 applies to the element of income characterized in the aforementioned three ways, it is absolutely important to say that the method provided for **business profits** applies to dividends derived from corporate rights effectively connected with a PE. (Chapter I, section 2.2.2)

Conflicts could emerge in cases where double taxation is not relieved by domestic methods due to application of a narrower definition of dividends than the one provided by the treaty. *Memec* case in UK is an example of this kind of conflicts. It is also possible that the treaty provides for a narrower meaning than the domestic definition. Under these circumstances, it could be wrongly understood that the treaty method should not apply. The qualification of Brazilian *juros sobre o capital proprio* by the Spanish Supreme Court is an example of this kind of mistakes in the resolution of international tax law conflicts. Both errors are caused by the absence of distinction in the scope of each method and the purpose of each measure. Finally, if treaties contain a reference to domestic methods and that reference includes the dividend definition, conflicts of qualification could increase and would not be possible to solve them under the wording of art. 3.2 and 23 of the treaty. (Chapter I, section 2.2.3)

Conversely, if art. 10.3 is the rule governing the distribution of taxing rights, conflicts of qualification are resolved through the limitation of the residence State arguments to deny the method for the elimination of double taxation. The residence State is prevented to use its own definition to qualify the terms of art. 10.3. This conclusion is similar, but not identical to the solutions argued by the *Partnership Report* in 1999 and the *International Tax Group* in 1996. In our opinion the former authors fail to explain the reasons why the State of Residence have to follow the result of the source State's qualification of income. Indeed, the real problem in qualification conflicts is the applicable rule to define the terms not defined in the treaty, therefore, the final result of the categorization of the element of income in the source State should not be binding to residence State. To a great extent, the lack of clarity in the applicable dividend definition (art. 10.3, source or residence definition) causes inconsistencies in the taxation of international profit distributions. (Chapter I, section 2.2.4)

4. Dividend taxation under treaties and domestic law is not neutral if compared with business profits, interest and capital gains. The absence of neutrality encourages tax arbitrage, as a result of the similarity in the economic effects of each type of income and the possibilities of substitution. Provided that taxation is considered as a cost on the economic transactions, there are, at least, three aspects of each element of income that can be treated

different: the deductibility of the payment in the payer taxable base, the withholding tax on the investor and the personal liability in the residence State (including methods of relief). The corporate finance literature shows that there is a systematic preference for debt and for alternative ways of shareholder remuneration. (Chapter I, section 3)

5. Once the scope of art. 10.3 has been explained, it is possible to study the application of the rule. The application of the dividend definition is complex due to the dual nature of tax treaties. Tax treaties are domestic law and international law simultaneously. In consequence, art. 10.3 can cause conflicts with rules of those legal orders. This thesis presumes the dividend definition should prevail in case of conflict, but in practice it can be problematic. Secondly, the authorities of each state interpret the treaty and they are not bound by each other. International tax law does not have a Supreme Court to resolve conflicts on the application of treaties. Thirdly, there is no an homogeneous social and juridical context in both contracting States, so the framework that permits to establish the right answer (as suggested by DWORKIN) can be arguable. In spite of these profound problems, it is possible to provide some reasonable results applying the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). According to the VCLT, treaties must be applied in good faith, searching for the ordinary meaning through the grammatical, systematic and teleological methods for interpretation (art. 31 y 32 VCLT). As a result of the former articles and art. 3.2 of the Model, the interpretation requires to analyze the possible meanings of the wording, giving prevalence to the autonomous meaning over those used in domestic law, and the tax meaning over the general law meaning. However, it is difficult to interpret the terms out of their definition in private law, when treaties and tax legislation use private law concepts without giving a special tax meaning. For instance, art. 10.3 is defined in tax treaties, and, in principle, has an autonomous meaning. However, since the terms used in the definition have neither a special meaning in international tax or in domestic tax law, it is quite hard to argue that these terms do not refer to the private law meaning. A systematic interpretation is not helpful in most cases, because the existence of context is difficult to demonstrate, and many of the means of interpretation are arguably valid for tax law purpose when the rule of law is mandatory. For this reason, OECD Model Commentaries cannot be accepted as context. Still, Commentaries are probably one of the

most important doctrines but, to a great extent, OECD Model Commentaries do not offer the right answer. Instead, they usually offer several interpretations and the preferred one. The latter is usually the one defended by tax authorities since it fits better with their intended tax policy. Moreover, OECD Commentaries vary according to time, so their value for the interpretation of tax treaties is equal of the best doctrine when it comes to the interpretation of tax treaties. Above all, the use of principles and values for the interpretation of dividend definition is of little help, on account of the difficulty that lays in arguing that art. 10.3 has a different purpose than the one of distributing the taxing powers of States. The abuse of law principle has different contents in each legal system and it can arguably be used to extend the meaning of dividends. Since it is difficult to find a different meaning than the one provided by private law, history could provide insights of the relevance of the inclusion of this category in tax treaties and the principles to resolve the questions arise by the application of art. 10.3. (Chapter II, section 1)

6. This research sought for the purpose of the dividend clause in tax treaties, and the possible solutions to the main interpretation issues concerning art. 10.3. As a result, the history of the dividend definition in the 2014 OCDE Model is deeply linked with the extraterritoriality rule (art. 10.5) and the idea that the same taxable object could be taxed in the hands of two different taxpayers, which in turn justifies art. 10.2. lit. a). The latter comes from the first period of evolution of tax treaties, and before the consolidation of the contemporary dividend article. The first tax treaties and federal harmonizing rules, in particular, the imperial law for the elimination of double taxation in Germany (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) of the 3<sup>rd</sup> may 1870, did not contain an specific rule for dividends. Notwithstanding, the Administrative Court of the Grand Duke of Baden admitted the fiction that shareholders do not produce the business profits of the entity. That is probably the reason for the inclusion of dividends into the category of income from movable capital in tax treaties. Many of the first tax conventions allowed source taxation for Income from movable capital. Thus, in absence of this rule, dividends must be exempted in the source State. As the result of the inclusion of dividends in the movable capital article, classical system of taxation was admitted in tax treaties. (Chapter II, section 2.1)

6.1. The Draft model convention of 1927 and the Draft 1 A of 1928 of the League of Nations were the first models including a specific article for dividends. “Income from shares and similar interest” in “undertakings” were considered dividends. Nonetheless, the mentioned League of Nations models are not the direct precedent of the contemporary dividend definition. The most important and direct precedents of Art. 10.3 are the London Model and the discussions of Working Party 12 of the OEEC. The latter, ended up in art. 10.3 of the 1963 OECD Model and Commentaries. The WP12 documents and the London Model laid down the basic configuration of the dividend article since the 1950`s until now. Both works understood dividends as an element of income which was previously considered taxable business profits of the dividend-distributing entity. Consequently, the residence State of the company is presumed to be the source country of dividends and, the mitigation of economic double taxation is taken into account in art. 10.2. paragraph b and in the commentaries related with relief methods in the source (integration) and residence State (participation exemption). Art. 10 allows and protects the taxing rights of the residence State of the entity on the business profits of the company and on the dividends. That is reason why art. 10 allows the taxation of hidden distributions. The philosophy of the type of income dealt under the name of dividends has its inception in the United States and United Kingdom in 1945. Under the negotiation of the aforementioned treaty, the US Congress asked for the effective reciprocity and considered as a benchmark the sum of the tax rate at the level of the entity and the level of the shareholder in both countries. To put it in other words, it is accepted the object of distribution in the dividend article is an element of income composed by a single taxable object taxed twice. US Government and Congress even included a rule attempting to maintain the effective reciprocity in time, permitting the interruption of the validity of the rule if the benchmark`s rates changed. Unlike the 1946 US-UK Treaty, the OECD Model gave precedence to the legal certainty principle over the justice on the distribution of taxing rights. Therefore, a fixed rule was included in art. 10 of OECD Model implying that changes in domestic law would not affect the force of States` obligations, but the general understanding of the taxable object distributed in art. 10 is kept in the OECD Model. (Chapter II, section 2.2.1)

6.2. Art. 10.3 contains three parts. Each part's history can be traced from the OEEC WP 12 works. OEEC and OECD's documents from 1958 to 1963 reflect several confusions in the translation of company types and other legal entities, and the interest or shares in them. Taking into account that the official languages used by the Organization were English and French, the issues faced were not only those susceptible of being lost in translation, but also the use of private law terms belonging to the two extremes of legal traditions.

Dividend definition should include income from the ownership rights in companies. Unfortunately, neither the kind of rights nor the types of legal entities were harmonized or even resembles in countries. The first part of the definition is the result of the common rights found in the majority of the member countries. The second part was included with the intention of including securities with a contingent remuneration. In spite of the fact that securities was a wide term, WP 12 First Report Commentaries required the essential condition of the dividend definition, namely that income should derive from a contract of association in an independent tax entity. The amplitude of the essential condition, and the ambiguity of the wording of the First Report, caused the progressive characterization of the second part, beginning with the English word "share", then replaced by "rights", and the French word "parts". It is not clear the reason, but later on, the rights or *parts* were negatively defined as "not being debt claim". The doctrine offers two explanations for that inclusion: the wideness of the English terms and the necessity of clarifying the borders between interest and dividends. The 2014 OECD Model maintains the difference in the translation of the second part of the definition. The revision of the current I tax treaties analyzed by the WP 12 shows that the second part pretends to include interests not mentioned in the first part that represents a right to participate in profits. It was assumed that all rights included in the first part gave rights to participate in profits and were treated as ordinary dividends. The third part comes from the necessity of describing certain rights in legal entities that were neither shares in companies nor any of the corporate rights listed by the first and second part. Indeed, the third part was included when the Fiscal Committee eliminated the description of the "shares in co-operative societies and limited liability partnerships." In conclusion, the reference to the domestic law pretends to include rights representing the share capital in all the taxpayers of corporate income tax. Although the



First Report included in the Commentaries a sort of reference to domestic law as an attempt to include non-formal dividends, constructive dividends and hidden distributions, the third part reference to domestic law gave more support to the Commentaries, as expressly mentioned in 1977 Commentaries. (Cap. II, section 2.2.2)

6.3. The wording of the dividend definition in the 2014 OECD Model has remained practically untouched since the 1963 Model. However, in 1977, the third part of the definition was modified. Commentaries on art. 10 have also been maintained until today, although some updates were introduced in the 1977 and 1992 Model. In 1977 the Committee of Fiscal Affairs concluded that treaty negotiation on dividend definition requires a special study of the context in both contracting States and should not be copied in tax treaties without further considerations. In 1992, the risk criterion to differentiate interests from dividends was included as a result of the Thin Capitalization Report of 1987. Furthermore, OECD Model Commentaries mentioned that CFC regimes and tax treaties are compatible, as concluded by the Base Company Report. (Chapter II, section 2.2.2)

6.4. The analysis of the treaties according with the methodology adopted by this thesis reveals that the OECD Model dividend definition is not commonly altered in actual treaties. Similarly, the UN Model copied the OECD Model definition. In spite of that, the following modifications on the dividend definition were found:

First part: few treaties vary the rights included. For instance, some treaties only include “shares”, or eliminate *jouissance* shares or *jouissance* rights. Some treaties wrongly eliminate the word “shares” repeated twice in the first part. The aforementioned modification causes the problem of defining if only *jouissance* shares are included and not mere shares. The Ecuador-Spain treaty listed the remuneration of “contributions”, while the Switzerland-Spain treaty refers to the Parent-Subsidiary Directive. The latter Convention uses the dividend definition in the treaty and the reference to the Directive could also cover the definition of profit distributions. Due to the fact that art. 10.3 of the OECD Model and the definition of profit distributions in the Directive do not resemble, conflicts of interpretation can arise.

Second part: few treaties eliminate the second part or even mix up the first and the second parts. For instance, some Spanish tax treaties use a translation closer to the French Model read as “...otras partes beneficiarias/otros derechos que permitan participar en beneficios, excepto los de crédito”. This wording increases doubts on the supposed requirement which sets that all the assets mentioned in the first part should not be debt-claims. However, unlike the Spanish translation, official English versions of the majority of those treaties have the same wording of the English OECD Model and the IEF’s Spanish version of the Model. Consequently, it could be inferred that the different wording in those treaties were not necessarily the product of a conscious deliberation. As a result, the conclusions under the OECD Model should not be different in the mentioned treaties. Second part is also modified in Dutch tax treaties and other few countries. They delete the debt-claim exclusion. Moreover, dividend definition in some of them includes benefits from silent partnerships and debentures and bonds participating in profits. That inclusion is closely connected with the policy in those countries because the income from that kind of debt-claims is taxed as income from shares. In spite of that, most probably it could cause asymmetrical results in the other contracting States if the latter jurisdiction tax as interest income from the aforementioned debt-claims.

Third part: like the OECD Model, most treaties contain a reference to the domestic legislation in the third part of the dividend definition. The reference is under the condition that the income derives from “corporate rights”. Some treaties’ wording have a wide reference to the domestic law through the replacement of “...corporate rights...” by “...other rights...”. Other conventions establish an even broader reference to the domestic law, which do not mention the income-generating asset, and are worded as “other income...” . The US Model follows the latter locution and, as the technical explanations defend, the widest reference solves most conflicts of qualification connected with the dividend article. The third part has other elements, to some extent forgotten by the doctrine, such as the mode in which the remittance is made. Differences can be drawn between the wording of the 1963 or 1977 models. The former includes the income “...assimilated to...” income from shares,

while the latter mention the income “...subjected to the same taxation treatment...” (Chapter II, section 2.3)

7. Dividend domestic tax regime may be abused through avoidance or through capture. Reactions from States usually entail reclassification of elements of income that raise questions from the perspective of the dividend definition provided in the art. 10.3 of treaties. Different types of requalification should be mentioned (Cap. II, section 2.3)

7.1. First of all, source tax law requalification's must be qualified as dividends for tax treaties if the third part of the definition is fulfilled; namely, if the reclassified income got the same taxation treatment than income from shares, and the source of the income is a corporate right (under the OECD Model). This conclusion can be drawn from the history of the definition and, from a literal and teleological interpretation. Although, only company's assets or equity decreases can qualify as dividends in tax treaties.

7.2. By contrast, the third part of art. 10.3 neither include the requalification of dividends in other types of income by the source State, nor the requalification made by the residence State. Compatibility of the aforementioned types of requalification depends on the solution chosen to answer the question of the compatibility of domestic anti-abuse rules with tax treaties. There is too much debate between doctrine, international organization and jurisprudence on this problem and the OECD. Commentaries to the OECD Model are not coherent on the arguments supporting the application of GAAR'S and SAAR'S in treaty situations. The 2003's Commentaries adopted the guiding principle and the factual approach as arguments to support the compatibility between treaties and anti-avoidance rules under the idea of a common standard of abuse. However, as stated by ZORNOZA & BAEZ, the former is an ambiguous test of purposes, on account of the fact that it could be the main, one of the principal or the sole purpose. Moreover, the guiding principle is based on the idea that the object and purpose of treaties is the prevention of tax avoidance and evasion. It is a circular way to describe what is the conventional standard of avoidance and could clash with other clearer purposes of tax treaties, as the elimination of double taxation and the promotion of economic transactions between countries.

7.3. In fact, the object and purpose of the art. 10 OECD Model is the distribution of taxing rights on dividends. This purpose only can be defined within the framework of the definition of dividends provided by treaties. Thus, it is hard to assert that art. 10.3 has been object of rule shopping as consequence of the application of a domestic GAAR. In conclusion, all kind of requalification of dividends in other elements of income or vice versa, need to comply with art. 10.3 of treaties, unless there is an express rules on the contrary or the scheme was a sham transaction. The latter is just a discovery of the real facts and it can be accepted as long as those facts qualify on the wording of the dividend definitions. As noted before, this conclusion is only valid in relation with the secondary qualification and the effects derived therefrom. That is, consequences of the reclassification of income under domestic rules are valid if they comply with treaty's limitations. For instance, in a reclassification of a hybrid instrument that does not comply with the art. 10.3, non-deductibility will be valid under tax treaties, but maximum tax rate for interests should be respected. As result, it is reasonable to conclude that problems on hybrid entities and hybrid financial instruments can hardly be solved by GAAR's and SAAR's, taking into account that reclassifications can only affect definitions and the tax regime in one contracting State, but they not always can sway the tax treatment of the income in tax treaties nor in the other contracting states. (Chapter II, sec. 3)

8. Three elements of the dividend definition are present in Art. 10.3 of the Model: a) dividend-distributing entity; b) the corporate rights in that entity which give the rights to participate in profits; and, c) the relationship between the income paid by the company and the corporate right in the entity. Those three elements are also elements of the domestic dividend definition, but specifications vary.

9. The dividend-distributing entity is a crucial element to define dividends, but its meaning faces challenges. For instance, the lack of harmonization of private law, namely, the concept of legal entity and its attributes creates conflicts of classification of entities which become conflicts of qualification of income. Most of the domestic tax laws define the taxpayer of corporate taxes by referring to corporate law. However, tax law considers legal

persons as transparent, and non-legal persons as opaque entities. In other words, the absence of harmonization is also a fact in tax law. Thus, although theoretically it could be argued that dividends should only come from profits that have been liable to tax at the entity level, in practice this cannot happen. Divergences on the classification entity or in the attribution of income to the entity or its owners are possible under two or more laws. As a consequence, conflicts of classification or attribution, double taxation or double non-taxation can emerge. For instance, if a State considers that the entity exists and therefore yields partners are dividends, the other State could understand that the benefits are obtained by the participants (by all of them proportionally or by some of them), and keep the same source, nature and original qualification. (Chapter III, sec. 1.1)

9.1. Tax treaties define the dividend-distributing entity by the terms company and corporate rights (art. 3.1 and 10 OECD Model). However, the entity must comply with the subjective scope of the treaty, that is to say, the entity must be a resident person. Graphically it could be explained by four concentric circles: starting by the larger one, the first circle represents "persons". The second one deals with the subjective scope of the Treaty and is restricted to "resident persons". The third circle is described by the locution "company" and is connected with the subjective scope of art. 10.1, and the fourth and smallest circumference is the dividend-distributing entity which allows the qualification of the income as dividends. The subjective scope of tax treaties includes individuals, companies and other body persons being residents in one State. Residence requires, among other conditions, being liable to tax. *Lato sensu*, the liable to tax requirement is understood as a simple link with a State that allows the taxation of the entity, even if there is not actual liability. The prevailing interpretation in the Commentaries of the OECD Model suggests a narrower interpretation, because it is required to have, at least, the legal nature of taxpayer of taxes covered by the treaty. Furthermore, some countries argue that subject to tax means effective taxation in the State, or even so, that liable to tax condition excludes shell companies.

In conclusion, subject to tax criterion is rather ambiguous. From 2000's OECD Model Commentaries, liable to tax phrase is interpreted as being opaque i.e. the income should not be attributed to its members according to the law of the residence State of the entity. This

creates the difficulty of knowing when there is opacity or transparency. It is to be noted that the subjective scope of the OECD Model also includes body of persons (*agrupación de personas, groupment de personnes* or *associazione di persone*) and that actual tax treaties often treats as “persons” or as “residents” transparent and non-liable to tax entities. The existence of transparent entities entitled to the application of conventional benefits can lead to cases of double non-taxation, to the extent that a kind of fiction is created, similar to what is happening with the dividend-distributing entity, but with the exception that art. 10 is not applicable since there is not a dividend-distributing entity. In fact, art. 10 of the Model entitles the State of residence of the owners of the entity (shareholders, partners, etc.) to tax them. Thus, even if under domestic law of that State transparency regime applies, the treaty could prevent the taxation of profits obtained through the body of persons in the other contracting State. Actually, this happened in the case *Padmore UK*.

Collective Investment Vehicles (CIV's) can be transparent, and in such cases they might not be a dividend distribution entity. This result does not seem contrary to the fiscal policy that the OECD pretends to justify for these entities, provided that States offer expeditious mechanisms to ensure that investors can access to conventional benefits. Conversely, if the CIV is the taxpayer of the corporate tax and the legal system allows it to: a) deduct payments to investors; b) have a reduced or zero tax rate; or, c) eliminate double taxation at the investor level through a system of integration; according to the OECD, the entity arguably should be considered as a resident or as a dividend-distributing entity. OECD's doubts on the consideration as resident of entities subjected to tax under those systems seem illogical, since, at least in the case c), this is what usually happens in integration systems. Nevertheless, Real Estates Investment Trust (REIT's) have similar problems and the OECD justifies the need to consider these entities as residents and as dividend-distributing entities, although they are transparent and/or non-taxable. Given the restrictions imposed by the wording of the Model, the organization expressly suggests to include them in the fourth circumference. The review of the tax treaties shows examples of these clarifications, and left as observation, that in all these cases is relevant to review if the remaining circles remain concentric. Whenever the circumferences become polycentric, conflicts of interpretation could arise. (Chapter III, sec. 1.2)

9.2. The definition of company under the literal b) of article 3.1 of the model is part of the third concentric circle which allows the determination of the subjective scope of article 10 of the Model. At the same time, art. 3.1 and art. 10.3 characterize the element of the dividend-distributing entity, the fourth circle. Art. 3.1 defines companies as “legal persons” (first part) or “any entity that is treated as body corporate for tax purposes” (second part). It has been discussed if the first part is a reference to the private law. In the author’s opinion, only legal entities for tax purposes are "companies" for the OCDE Model, because there is evidence that the drafters of the WP14 of the OEEC did not intend to give the precise meaning of civil and commercial law. In addition, using the private law meaning contradicts the rules for the interpretation in tax treaties. Besides, it does not lead to a clear answer and contradicts the purposes clearly described in historical documents of the WP 14 and WP12. The latter Working Party pointed out that the dividend-distributing entity must be opaque, this is, to be considered as a legal entity for tax purposes. Anyway, *lege ferenda*, and for the sake of legal certainty, the Elimination of the first part of the definition of dividends is recommended. With regard to the second part, it has been questioned what does legal entity for tax purposes mean and in accordance with which state the entity must be treated as such. In our view, being a legal entity for tax purposes requires being opaque. To be more precise, history and wording of the OECD model articles` do not support para. 27 of the Commentaries to article 10, which seems to require that the entity should be liable to tax as “companies limited by shares” (*sociiedades anónimas*). In addition, the same paragraph requires to have a substantial similar treatment as legal companies, according to the State of the place of effective management. The latter is also an imprecise reference. It seems more reasonable to argue that art. 3.1 refers to the conventional residence status. Surprisingly, para. 3 of the article 3 2010` OECD Commentaries refers to the State where the entity is 'organized', an equally equivocal statement, unless the express wording supports it, as the US Model. In fact, in 2014 the Model Commentaries were amended to refer to the residence State of the entity. Doctrine supports other interpretations and some tax treaties expressly refer to the State of organization. That could lead to a situation where while the first two circles and the latter contain referrals to the domestic law of the State of residence, the circumference of the third acquires another Center to refer to the State of

incorporation. It would give rise to conflicts of qualification highly discussed in the literature. But the author believes that those conflicts can be solved by disregarding the referral to the State of organization, as none other solution derives from a historical, systematic and teleological interpretation of DTC`s. (Chapter III, section 1.3)

9.3. DTC`s do not contain rules on the allocation of income to a person, unless arguments from the Partnerships Report are accepted and the allocation made by the residence State is considered decisive. However, arguments used by the Partnership Report are not consistent, are not supported by the text of the OECD Model, and hardly would be applicable outside the subjective scope of DTC`s. Consequently, internal rules which attribute the taxable transactions to a subject are not restricted by the treaties. However, for purposes of the income qualification, there is an implicit rule of attribution whenever the legal facts for the fiction of dividends are present in the actual situation. Thus, when there is a dividends-distributing entity in accordance with art. 3.1 and 10 of the OECD, the State of residence of the partners can tax the profits of the entity in the hands of the resident shareholders, even if no actual distribution takes place. However, partners Residence State should provide the method for the elimination of double taxation set by the Convention for dividends. (Chapter III, section 1.4)

9.3.1. As a result of the aforementioned conclusion, the legal fiction of dividends is not triggered if the entity is qualified as transparent by the State of the organization, even if somehow the entity is considered as resident by the applicable tax treaty (e.g. by the specific inclusion of pension funds, CIV`s and REIT`s). It can be gleaned from the fact that the definition of the transparency or opacity of the entity is referred by the tax treaties to the law of the State where the entity is organized. Only if the entity is opaque, the facts of the fictions are complete. Consequently, if the State of incorporation considers as transparent the entity, and the income is sourced in the same jurisdiction, the facts of the fiction are not fulfilled and the State of residence of the shareholders will not have to grant the method for the elimination of double taxation for dividends. Tax regimes of hybrid systems of transparency, such as the French *translucence*, may cause many problems and even legal double taxation due to conflict of qualification. In the author`s opinion, the main conclusion



that could be drawn for these issues is that treaty negotiations require a deep study of transparent regimes in the contracting States, provided that Governments really pretend to eliminate double taxation and share taxing powers with fairness and reciprocity. For example, partner's income from a French SCI under the Belgian jurisprudence was understood as immovable property, and Belgium had to grant the elimination of double taxation for the full taxes of the SCI that were allocated by the French law to the partners. (Chapter III, section 1.4.1)

9.3.2. On the other hand, the fiction becomes mandatory when one of the contracting States considers the entity as its resident opaque company, regardless of the partner's residence State legislation. Consequently, if the income is sourced in the partners' residence State, such jurisdiction may tax the share of the partner, but it does not mean that the State of residence/organization of the entity could tax at the entity. That conclusion is clear from the Partnerships Report and by the best doctrine, because otherwise the functioning of treaties will tear. Connected with the aforementioned idea, the elimination of double taxation on the shareholders is arguable under the OECD Model Commentaries, because art. 23 A and 23 B do not support an indirect credit is available to the shareholders for the proportional part of taxes paid by the dividend distributing-entity, as the Commentaries states. The result of the Commentaries generates a lack of neutrality if compared with entities in which there is not a conflict of attribution, insofar only a direct tax credit for the dividends is granted in non-conflict situations. Therefore, the author concludes that in this case only the method provided for dividends (under the OECD Model i.e. direct credit) should be granted to the shareholders. A remaining economic double taxation is possible, but only legal double taxation is relieved by art. 10 and 23 of the OECD Model. In any case, the Residence State must grant a direct credit, even if there is a timing mismatch. (Chapter III, section 1.4.2)

9.3.3. CFC rules are quite similar to conflicts of attribution referred in the latter paragraph and, in the author's opinion, both conflicts should receive the same solution. This conclusion is drawn due to DTC's are obliged to eliminate double taxation by admitting the fiction of dividends. Even if the residence State of the partners ask for the *lex fori* to interpret the term "income" used in article 10.1 of the Model, and consequently, the

residence State find competence to tax CFC income of its resident persons, the treaty requires to qualify that fictive income as dividends. Thus, the treaty requires granting the tax treatment provided for dividends. In most cases CFC rules eliminate economic double taxation, through an underlying tax credit rule for taxes paid abroad (which will usually be zero or very low). Also, domestic CFC rules exempt actual distribution. However, CFC rules will be restricted by the international law if the treaty sets a participation exemption rule, an indirect credit method or a tax sparing for dividends. In conclusion, CFC rules do not contradict article 7, since it is well known that this is a general rule that must give in to special rules like art. 10. Fictitious income do not qualify as "other income" according to article 21 of the Model, since it is clear that there is a dividend distribution entity and there are corporate rights. The fact that a State autonomously defines the term "income" as fictive earnings does not prevent the application of article 10.3. (Chapter III, section 1.4.3)

9.4. Actual treaties assimilate certain situations or contracts to a dividend-distributing entity. For instance, silent partnership yields under the OECD Model qualify as interest or business profits, but some actual treaties include that income in art. 10.3. However, the inclusion of silent partner`s income in the dividend definition modify the center of the fourth circumference (the dividend-distributing entity) and almost always, the modification does not simultaneously amend the third circle`s center (the company). As a result, it would be possible that income qualifies as dividends according to the definition, but the payer does not qualify as a company. The aforementioned situation is quite possible because the general partner can perfectly be an individual or a body of persons not treated as body corporate for tax purposes. Anyway, from a tax policy perspective the definition pretends to cover income similar to company-shareholder distribution of profits, and if potential double taxation is the main characteristic of this type of income, most probably income obtained by silent partners should not be treated as dividends whenever the payment could be deducted in the general partner taxable base. (Chapter III, section 1.5.1) Furthermore, conflicts of qualification can arise in relation to yields received by the trust`s beneficiaries, since such contracts have different typologies and usually trusts are not considered as dividend-distributing entities and the beneficiaries` rights in the estate do not meet the conditions of being corporate rights. (Chapter III, section 1.5.2)

Thirdly, CIV's could have problems qualifying as a dividend-distributing entity. For example, Finnish jurisprudence qualified as "other income" payments made to investors, in spite of the fact that the fund was a "resident" "company" in Finland. The Finnish Court argued that the taxation of dividends is not equal to the yields of investors because funds are exempt, forgetting that the third part of art. 10.3 refers to the tax treatment of partners or investors and not to the regime of the dividend-distributing entity. In addition, the rights of investors could be subsumed in the second part of article 10.3 of the model. Actual treaties sometimes exclude funds of the resident definition, but other treaties expressly include funds in the subjective scope of the treaty (the second circle). Few treaties include fund's returns in the dividend definition, which could be also problematic with article 10.1 (the third circle) and 1 (the first and second circles) of the Model if funds as such are not considered companies or resident persons. Finally, it is highly recommended to evaluate if the objective of neutrality is achieved, because when CIV's are opaque and the domestic tax law pretends to tax the investors, art. 10.2 of the Model could limit the taxing powers. Therefore, the treaty must allow the tax policy desired taxation at the level of the investors. United States' recent treaties are examples of best practices in this regard. (Chapter III, section 1.5.3)

Fourthly, fiscal policy suggests to promote investments through REIT's. In order to achieve this policy, several States eliminate the taxation at level of the entity. Under those regimes, the investors do not obtain income from the same source or original qualification, since it would imply an unlimited taxation in the source States due to the fact that REIT's mainly receive income from immovable property. The OECD Commentaries suggested to treat REIT's as dividend-distributing entities, even if they were not considered as "residents" under the Model wording and Commentaries. The approach proposed by the Model is the direct amendment of art. 10, that is, the Model suggest to include income from REITS in the dividend article. This proposal also arise problems with respect to article 10.1 (the third circle). In short, it can be gleaned from the OECD REIT's Commentaries that article 10 of the Model is used to trigger the fiction that investors are not receiving the underlying income. To put it in a different way, whenever art. 10 includes REIT's distributions, the

dividend article does not to characterize an item of income that potentially entail economic double taxation, which is clearly in absent therein. In brief, the traditional *ratio* of art. 10 is lost. (Chapter III, section 1.5.4)

Finally, PE`s are taxable units which can be assimilated to the dividend-distributing entities. However, PEs are not “companies” "resident in the other State Contracting", nor the headquarters have a corporate right on the PE. As a result, the OECD Model hardly could offer fiscal neutrality for repatriation of PE`s profits and the dividends paid to subsidiaries, unless the subjective scope of the DTC`s and the dividend definition were opened to cover the PEs. Moreover, discrimination issues can emerge as far as a branch tax is a tax on the same taxable person liable for business profit tax: the non-resident company. It means that while the single same non-resident is taxed twice, resident entities are taxed only once. The person liable for the second level of taxation is the shareholder. Thus, branch taxes could transgress articles 24, 10.5, 10.1 and 3.1. b) of the Model Convention. Under the current structure of the Model, better results are achieved through the inclusion of specific safeguard clauses and the allocation of a neutral tax treatment for dividends from a substantial participation and branch taxes. In conclusion, some actual tax treaties do not qualify PE`s profit repatriations as dividends, but align their tax regime under tax treaties. (Chapter III, section 1.5.5)

9.5. The dividend-distributing entity as the first element of the dividend definition requires to differentiate between dividends paid to the shareholders and profits of the entity. Restrictions from article 10.2 of the Model refer only to dividends. Courts and doctrine have established that the criteria for distinguishing must be strictly formal, i.e., dependent on who is the taxpayer. Consequently, if the dividend-distributing entity pay the tax for the distributions, but the entity is not the taxpayer, DTC`s limits would apply because the taxpayer is the shareholder and the company is only liable for collecting the revenue. Therefore, differentiation must be taken into account by the negotiators of the CDI clarify cases where it can be difficult to determine who is the taxable person for the distribution of benefits. Reciprocity in DTC`s depends on the aforementioned distinction. For example, Colombian domestic law eliminates economic double taxation exempting dividends from

profits which has been taxed at the company level. Dividends from untaxed profits are liable to tax. Colombian system has required the addition of exceptions to article 10 of the MCOCDE in order to allow Colombian taxing right above the limits of 5-15%. However, the wording of some CDI protocols has not accomplished this purpose. (Chapter III, section 1.6)

10. Article 10.3 points out that the source of the income described therein are the corporate rights defined formally in the first part, described in a broad way in the second one, and referenced to the source State in the third one. The relationship between the three parts of the definition is far from clear. Yet most of the scholars (following VOGEL's position) hold that there is an intrinsic meaning in all three parts of the definition. However, they seemed to assume as intrinsic meaning the debt-equity distinction under the German domestic legislation. And the use of domestic dividing-lines between both categories is not a proper way to describe the treaty's (autonomous) meaning, because those lines are not the same in accountancy, corporate and tax law, neither they are similar in meaning in the different domestic legal orders. Drawing-line rules can use formal or substantial criteria. Even so, substantial criteria can give more or less weight to political rights, the participation in profits or the participation on liquidation proceeds. As a result, the author concludes there are three distinct parts of the definition, which use three different approaches to describe the source of the income. That is the reason why this thesis plea to the treaty negotiators to evaluate the meaning that each right mentioned in the three parts of art. 10.3 could acquire under the domestic (private or tax) law definition. If those interests in companies derive income which is not taxed as income from ordinary shares, tax policy results must be considered. (Chapter III, section 1.1.1) This is quite important, because the two conditions mentioned in the second part of the definition, i.e. to participate in profits and not being debt-claims, do not restrict the rights included in the first part. Certainly, the aforementioned two conditions seek to characterize the "other rights". WP12 documents support this conclusion. (Chapter III, section 1.1.2)

10.1. The first part of the definition lists a number of rights. The list could be interpreted in tow different ways. Firstly, I could be stated that those rights have the specific meaning

under the private law in the residence State of the entity or, secondly, that common characteristics of the listed rights under private and tax law should define the category. However, it is difficult to establish which features are common, since:

(i) In English language, the word shares means interests in companies (*sociedades de capital*), while in Spanish and French language the locution *actions* and *acciones* represents the participation in *sociedades anónimas* and *sociedades en comandita por acciones*. Indeed, the Spanish and French meaning is narrower than the English one. Besides that, given that there are different dividing lines between debt and equity, the types and classes of shares may be subject to different classifications under corporate, accounting or tax rules. For example, redeemable shares, preferred shares and non-voting shares may be classified as debt for accounting or fiscal purposes, but those shares keep the classification of capital under corporate law.

Most of scholars state that the participation in losses or the participation in the liquidation proceeds is the main feature of dividend-generating assets. However, these features seem arbitrary, insofar there are preference shares subjected to caps and floors on the liquidation proceeding. Those cap and floor clauses do not necessarily imply that the income received by the shareholder have ceased of having an underlying taxation nor is possible to argue that the preference shares are not shares. In addition, shares with such caps and floor privileges would not qualify as interest-generating asset nor as dividends-generating assets under the criterion of the participation in the liquidation proceedings. Most probably, income from those preference shares qualifies as business profits (art. 7 OECD Model) or other income (art. 21 OECD Model), thus the source State must restrain its taxing powers. Consequently the outcome of the participation-on-liquidation-proceedings requirement is questionable from the perspective of neutrality and the fair share of taxing rights. Furthermore, it is not clear what would happen if the shareholder participates in the increases of value in the liquidation share, but not in the losses, or vice versa. Neither is it clear if the participation-on-liquidation-proceedings requirement excludes shares which do not have a right in the contingent repayment amount or even if it excludes contingent rights to participate on the liquidation proceedings. For instance, redeemable shares participate in

the risk of the company until the redemption date. Conversely, redeemable shares do not participate in the risk of the entity after the conversion date or if the shareholder has a put option. Finally, some authors set as intrinsic characteristics of corporate rights the participation in the liquidation proceedings and the participation in the current profits. This thesis has defended that both criteria allows two different qualification results in cases of hybrid financial instruments. Moreover, participation in profits could be interpreted as the contingency on the right to receive the yields, or a contingency on the amount of the yields. Doctrine is not always clear in front of this disjunctive, and for instance, it would lead to different answers with respect to the shares with a fixed-dividend (cumulative and non cumulative) amount. In conclusion, an (subjective) intrinsic meaning in art. 10.3 of the Model leads to legal uncertainty. (Chapter III, section 1.2.1)

(ii) “Jouissance shares” and “jouissance rights” have different meanings in private and tax law across the world, as this thesis has probed. In the French and Spanish versions of the Model only “bonos de disfrute” are included. However, English version includes jouissance “rights”. Consequently, English version seems to be broader than the Spanish/French version, insofar the latter only cover what could be translated as “bonds”. “Jouissance shares” and “jouissance rights” do not pretend to describe the same type of rights, because in the Spanish version the word “bonos” and “acciones” are securities, but only the latter represents the shared capital. So it is hard to argue that these words seek to designate the same kind of property. The inclusion of “jouissance shares” and “jouissance rights” in DTC’s is arguable when the domestic law do not rule these assets in the corporate law. Moreover, the author has found the following interpretations of “jouissance shares” and “jouissance rights”: (a) an usufruct right; (b) an asset that gives the right to participate in profits, but with restricted political rights (e.g. non-voting shares); (c) a participation right without voting-rights issued after a capital reduction. This meaning has an important historical support; (d) any right to participate in the corporate profits that cannot be classified as other income. Without doubts, the aforementioned four meanings probe that “jouissance shares” and “jouissance rights” have not a single common or intrinsic meaning. Actually, those words are an open door in the intended boundaries between dividends and interest. Finally, VOGEL’s intrinsic meaning could restrict the wide meaning of

“jouissance shares” and “jouissance rights”, but it only would make sense from a German law perspective (although there are judgments contrary to such a conclusion in that country). Outside Germany, VOGEL’s intrinsic meaning is arguable. (Chapter III, section 1.2.2)

(iii) The Spanish locution “participaciones mineras” are described in English as “mining shares”. Probably “shares” in English is a word used in a broader sense than the French term “actions” or the Spanish locution “acciones”. If the English broader sense is accepted, the first asset set forth by article 10.3 of the model could also have a wider meaning in English than the terms “acciones/actions” in Spanish and French. Furthermore, mining shares may have a special meaning under the domestic law. Conflicts or qualification will arise if under the domestic law the mining company is a transparent entity, because from a formal perspective the yields in transparent mining companies could be classified as dividends. However, this thesis concludes that previously to the qualification of the corporate rights, it is necessary to classify the entity as a “company” under art. 3.1 and 10.3 of the Model. Nevertheless, in order to avoid discussions it is important to exclude mining shares when mining companies are transparent. (Chapter III, section 1.2.3) Founders’ shares are also dividend-generating rights in the OECD Model, but some actual treaties do not include them in the dividend definition. The exclusion of founders’ shares makes sense whenever they could be qualified as “shares” or even as “other corporate rights” subjected to the same taxation treatment as income from shares. But, the exclusion also makes sense when that taxation treatment is not similar to the one for income from shares. For instance, Spain includes founders’ shares in most DTC’s dividend definition, although that earnings are taxed as employment income under the domestic law. As a result, income from founders’ shares sourced in Spain could have an asymmetrical tax regime in treaty situations. Documents from the WP 1 of the OECD in 1973 explain that the words “founders’ shares” attempted to include rights “allotted to persons who have rendered services in connection with the promotion” of the company. Those documents contradict VOGEL’s interpretation of the intrinsic meaning of corporate rights, insofar WP1 admits that founder shares usually do not give rights on the liquidation proceeds. (Chapter III, section 1.2.4)



10.3. The third part of the definition contains a dynamic reference to the domestic law of the source State. The reference must be applied in good faith, as the provided by the VCLT. Under the OCDE Model the income should: a) arise from a corporate right; and (b) be subject to the same taxation treatment as income from shares. The wide and the widest reference used by actual treaties amend the first requirement because corporate rights can be understood: i) *stricto sensu*, as rights which have the common characteristics of the assets mentioned in art. 10.3 of the treaty. For example, VOGEL's intrinsic meaning or the OECD Model Commentaries' risk criterion can be considered the common characteristics; (ii) *lato sensu*, corporate rights are any financial relationship treated by the law as such, or even by any relationship in which the counterpart is the company, as PIJL states.

The reference to the domestic law contains a second condition: the comparability test. It is clear that the OECD and the OEEC pretended to ensure the tax regime under the DTC for those elements of income that have been taxed as income from ordinary shares. Income from shares' regime is characterized as one single taxable object that is liable to two taxable events in two subjects. Therefore, that kind of income would be the intended meaning, and the words and expressions of article 10.3 would be the signs. The primacy of the treaty (autonomous) interpretation of "corporate rights" and the first and second part of definition only can dissociate the meaning and the signs used to describe dividends. The aforementioned dissociation increases the debt-equity conundrum.

Under the 1963's OECD Draft Model wording of the third part of article 10.3 it is possible to directly refer to the definition rules for income from the participation in companies' equity, and also it is possible to check other rules that assimilate income to the dividends category. By contrast, the wording of art. 10 in the 1977's OECD Model refers to the tax regime of income from shares. That wording requires assessing a very large number of factors (the subject, the tax rate, the tax base, the timing issues and the territorial scope) that are difficult to compare. For instance, there are different tax regimes for domestic income from shares, for outbound income from shares, for income from shares earned by individual or companies, for income from shares that represent a portfolio holding or a substantial

participation, etc. Furthermore, some domestic systems do not differentiate the tax treatment of some interests and capital gains, like DUAL systems. Conflicts of qualification could arise in those cases, especially if the deductibility criterion is not taken into account. The deduction of the payment from the taxable base of the payer company seems to deviate from the wording of the reference to the domestic law, because it mentions the tax regime of the shares, but not the taxation of the profits of the company. Consequently, the *ratio* behind the definition suggests to consider the income as one single taxable object. (Chapter III, section 1.4)

10.4. The relationship between dividends and interests in tax treaties is defined by the idea that debt-claims cannot qualify for the second part of the definition of dividends. However, debt-claims can be considered “corporate rights” under the third part of the definition, if a *lato sensu* interpretation is accepted. However, the OECD Model Commentaries lack of clarity due to the fact that they pretend to justify the existence of a treaty (autonomous) meaning based on the criteria of the effective assumption of the risk run by the company. The Commentaries do not explain if that criterion applies as an intrinsic meaning for all the rights mentioned in the definition, or if it only applies to the third part. The author concludes that risk criterion could only be based on the third part wording, but anyway the risk criterion could not be supported because is far from clear. What should be kept in mind is that the risk criterion or the *lato sensu* interpretation of “corporate rights” would cause an overlapping between art. 10 and 11, since “debt-claims” are always interest-generating assets, but when they participate in the risk run by the company, article 10.3 would also apply. This overlapping should be solved by giving preference to art. 10 of the Model, although some actual treaties rightly include a tiebreaker rule that expressly addresses that issue.

The author’s conclusion on the *lato sensu* meaning of “corporate rights” is not supported by the OECD. The OECD Commentaries, instead of accepting the broad reference to the domestic source tax law (as a result of the wide meaning of corporate right), assume the risk run the company criterion to distinguish between yields dealt in articles 10 and 11. The risk is measured by a multi-factorial analysis that may produce inconsistent results. Some

factors give prevalence to the criterion of remuneration, while others give prevalence to the legal repayment criterion. In the meanwhile, other factors analyze the economic risk of the repayment, which analyze possible thin capitalization situations. Scholars have attempted to justify a single factor for distinction, but the authors vary on which factor would be considered as “The Factor”. The first group of scholars argues that shares should give rights to participate from the eventual increases in the value of the company’s assets. The second group of authors partially agrees with the former because they accept a positive perspective of the risk-sharing, but at the same time they ask to see beg for seen the other side of the story: the participation in the possible losses, which is mainly the repayment subordination to claims from other creditors. These criteria are also blurry to delimit the categories in structured hybrid instruments, and in some way these criteria lacks of any fiscal policy sense. Finally, it is worth to mention that treaties with interest definitions containing references to the domestic tax law can create conflicts of qualification. For instance, the Brazilian *juros sobre o capital proprio* (JSCP) can be considered dividends for treaty purposes under the risk run the company criterion. However, under the Spain-Brazil tax treaty, interest definition has a reference to the domestic tax law in the residence State. Due to the fact that Brazilian domestic law treats JSCP as income from debt-claims, for treaty purposes the income must be qualified as interest rather than dividends. Nevertheless, interest and dividend definition in tax treaties are not applicable to the Spanish domestic participation exemption rule. Consequently, income from JSCP could be exempted by art. 21 of TRLIS (in force until the 31st December 2014). In conclusion, hybrid instruments mismatches should be tackled through a comprehensive approach (Chapter III, section 1.5)

10.5. Measures adopted by the States to combat thin capitalization situations have strained the definition of dividends and the reason for the existence of art. 10 of the Model. Three types of rules prohibit the interest deduction in the payer taxable base. The first type of rule re-qualify the financial instrument in equity; the second one reclassifies the yields in dividends; and the third one, only prohibits the deductibility. Tax treaty classification of non-deductible income under these three types of rules is questionable under the third part of the dividend definition. On one hand, the right should be considered as a corporate right at least under the OECD Model. If the criterion of the risk run by the company is accepted,

the instrument in the three types of rules could be considered as a corporate right for treaty purposes, provided that the investor actually shares that risk and regardless of the private and tax law classification. The same interpretation could be gleaned from the wide meaning of corporate right i.e. all kind of financial or associative relationships. However, some authors and some case law admit that only reclassifications of the first type qualify as dividends, because only in such cases the financial instrument has been re-characterized as a corporate right in accordance of the treaty. On the other hand, the tax treatment comparison should be evaluated with all the factors that have been mentioned before and, in principle, the non-deductibility should not be part of the taxation treatment of income from shares.

In practice, the discussion on the meaning of corporate rights as the source of the income leads to the determination of the reasonable capitalization of a company. Therefore, the problem relies in the determination of the non-deductible interest amount and/or the amount of income subject to the taxation treatment as income from shares. The OECD Commentaries propose that the aforementioned amount has to be assessed through the risk run by the company criterion and also through the principle of arm's length. In the author's opinion each of the methods can reach different results and create legal uncertainty. Under the wide meaning of corporate rights theory, the quantification of the aforementioned amount is not relevant.

Finally, paragraph 68 of the OECD Commentaries on article 23 sets the conditions for the cases in which the residence State is obliged to grant the method for elimination of double taxation for dividends of income from debt-claims, that have been qualified under the art. 10 by the source State. It is worth to mention that the 1987 OECD Report on thin capitalization included those conditions for domestic methods or treaty methods that refer to? the category of income without indication of the article 10 of the Treaty. Consequently, restrictions set in parr. 68 of the OECD Commentaries on art. 20 neither apply under the wording of art. 23 of the Model, nor under treaties with methods containing a reference to article 10. (Chapter III, section 1.6.1)

Solutions for the lack of neutrality in the tax treatment of debt and equity can be found in theoretical proposals and in some few countries' law. The reason for the existence (*ratio*) of the dividend definition in the OECD Model is questionable when differences between dividends and interests are relieved through those proposals. The solutions can be classified into two broad groups according to their impact on the international taxation: (a) proposals that reinforce the taxing powers of the source State, in particular. i) limiting the interest deduction; and, ii) imposing a dividend equivalent withholding tax at the source State for interest from debt-claims with an economic meaning similar to equity. Both solutions may cause inconsistencies in tax treaty situations. For example, yields that are non-deductible could be understood as "corporate rights" in a broad sense and subject to a similar tax treatment to income from shares. Moreover, the second solution requires defining which instruments are similar in economic terms and, consequently, renegotiate the tax treaties should in order to allow the dividend equivalent withholding tax for interest for that kind of debt-claim; (b) Proposals that reinforce the taxation in the residence State. For instance, allowance for corporate equity and dividend deduction reduce the taxation in the source State and increases the liability in the residence State if the former jurisdiction does not grant the indirect tax credit nor the exemption. Dividend deduction systems could cause conflicts of qualification under tax treaties. (Chapter III, section 1.6.2)

11. Art. 10.3 requires a link between the income and the source –the corporate rights-. The required relationship is described with the word “de” in the dividend definition, and no more requirements can be derived from the treaties. Thus, domestic tax law link between the income and the source is not restricted by treaties. Therefore, there is no legal support for statements made by most of the doctrine in the sense that it requires a shareholder relationship as the source of the income. As discussed above, domestic tax law can assume wide and narrow perspectives on the *societatis causa* which could result in conflicts of attribution. However, conflicts of attribution are not solved by tax treaties, and art. 10.3 requires a link between the income and the corporate right that can be determined by the domestic laws of the Contracting States within a very wide framework. In the author's opinion and according to article 10.3 and 3 (section 1 and 2) of the Model, if domestic laws define the nexus in a way that produce a conflict of qualification of the income, the Source

State nexus prevails over the residence State nexus. The OECD Model Commentaries recognize that dividends could be considered income from corporate rights or profit distributions depending on the tax policy decision adopted by the States regarding the higher or lower weight attributed to the entity's ability to pay conditions or the partners' ability to pay conditions. Hence, tax treaties do not restrict the measures seeking to prevent hidden profits distributions that reduce the assets of the dividend-distributing entity when a corporate right is the source of the income, even if the dividend is attributed to a person that is not the shareholder. (Chapter III, section 3.1.)

11.1. The word Income is part of the nexus required by the dividends concept in tax law. Tax treaties do not define income. Domestic tax laws define income in different ways, and several times domestic laws have different tax treatments for income from corporate rights and capital gains arising from the alienation of corporate rights. Different tax treatment of income and capital gains from shares in domestic legislation creates opportunities for tax arbitrage. Thus, it is common that domestic laws' biases toward capital gains encourage the avoidance of the dividends tax regime. DTCs emphasize those differences, insofar as taxing powers of capital gains on the alienation of corporate rights are allocated to the residence State (art. 13.5 OECD Model). By contrast, taxing powers on income from corporate rights may be taxed in the source State under the limits or art. 10.2 of the Model. As a result, the principle of symmetry is broken between the tax-treaty treatment of assets income, gain and capital. However, the author concludes that the source State can attempt to tackle the bias through the application of the same tax treatment of dividends to capital gains on the alienation of shares. DTCs do not prevent the dividend qualification in the source State of capital gains from shares in the third part of article 10.3 of the model. Therefore, the residence State should not oppose its domestic law in order to deny the method for the elimination of double taxation granted for dividends in tax treaties, despite the fact that the concept of income under its tax legislation does not include capital gains from shares. To put it in another words, capital gains in the alienation of corporate rights that would qualify in article 13.5 of the Model can be considered as dividends if the source State decides to tax them as income from shares. Therefore, a priority rule can be gleaned from arts. 10 and 13.5. it is worth to mention that the term income used in the tax treaties cannot be the basis

for claiming the theory of the fruit and the tree, and under this reason it is not valid the argument that states the dividend article in tax treaties should include income that does not consume its source. *Lex fori* interpretation and application of the word “income” becomes mandatory under tax treaties. Each State law should make the distinction between capital gains and ordinary income and art. 10.3 could not limit it. Under this conclusion fictitious income, payments in kind and hidden distribution of benefits could be considered “income” for the art. 10.3 purposes. However, few tax treaties avoid possible restrictive interpretations, and have replaced the word "income" with "earnings", "receipts", "items" or "amounts". In conclusion, the word income must be interpreted in accordance with the taxes covered by the Commission (art. 2 MCODE) and therefore in accordance with the *lex fori*. For instance, the State of residence can understand as "income" one that has not even been qualified as "income" in the other State.

In view of the *lex loci* interpretation of “income”, article 10 should be studied with respect to the restrictions that may be imposed by the words "from" and "corporate rights". In the author`s opinion, the nexus could only be derived from those two words but as mentioned before, the allocation of income is not restricted by the dividend definition in tax treaties. Art. 10.3 includes payments made by the dividend-distributing entity to the owner of the corporate rights or to a third party, provided that the source State considers that the income has a *societatis causa*. Under this hypothesis the following problems should be analyzed (chapter III, section 3.2):

11.2 Tax planning schemes could transfer the dividend-distributing entity`s profits to the shareholders without generating dividends from a strictly private law point of view. Non-arm`s length commercial and financial transactions between associated companies are probably the most known schemes used to divert company`s profits. Whenever the taxable base of one of the associated companies is adjusted, the excess of income or expenses must be qualified for tax purposes. Set offs, compensatory adjustments, and second adjustments implying a payment made by the dividend-distributing entity to its shareholders, may qualify as dividends if the source State treat that income as income from shares. In other words, the third part of article 10.3 should allow the dividends treaty qualification for

income from secondary adjustments if the source State creates an indirect or direct nexus with the income and the corporate rights based on the *societatis causa*. For instance, it would not mind if the income is attributed to the grandparent company or to a sister company, or even if it is allocated to individuals specially related with the partner. Conversely, the domestic laws (like the French one) should be limited by article 21 of the OECD Model when they tax as dividends any amount exceeding the quantification rules, regardless of whether the excess amount has its source in the corporate right or not. It seems reasonable that art. 10 of the OECD Model requires at least some relationship between the share and the subject who holds the corporate right and the one who receives the excess of the market price. The result is different if the secondary adjustment is made by the residence State of the parent company or the State of the other associated company, because the reference of article 10.3 does not apply. In the author's opinion, the first and second parts of the dividend definition in tax treaties cannot support the prevalence of the nexus created under the residence State law over the nexus developed under the source State law. In this case, a conflict of qualification emerges and, in accordance with the solution defended before, the source State legislation should prevail in order to qualify the income in accordance with the treaty. (Chapter III, section 3.3.1)

A second scheme to transfer benefits from the company to the shareholders consist on dividend payments on shares. In those schemes there is a nexus between the income and the corporate rights, and it is undeniable that the payment has a *societatis causa*. Though in this case, the problem relies on the fact the dividend payments on shares do not decrease the assets or the equity of the company when the shares become from a capital raising. (Chapter III, section 3.3.1)

11.3. Corporate rights market value in a perfect market represents the undistributed profits and hidden reserves. Consequently, the alienation of corporate rights allows the partner to earn the implicit value of dividends. Given the lack of neutrality in the tax treatment of income and capital gains from corporate rights, there are several tax planning schemes that generate questions with regard to the definition of dividends. Two kinds of schemes are relevant to this thesis, dividend stripping and liquidations. (Chapter III, section 3.4)



11.3.1. There are several schemes of dividend stripping which exploit the differences between the tax treatment of income and capital gains, and between the dividend tax regimes applicable to each kind of recipients (residents, residents in a contracting State, individuals, companies, etc.). If the receiver meets the personal conditions set forth the more favorable domestic dividend regime or if the receiver is included in the personal scope of a treaty, taxpayers would be interested in altering the person that receives the income. In the author's opinion, the dividend definition in the OECD Model neither rule the allocation of dividends, nor restrict the configuration of the subjective element of the taxable event provided for in domestic legislation. Thus, art. 10.3 of the OECD Model does not prevent the dividend qualification of the income paid by the dividend-distributing entity to the holder of the dividend coupon or to the usufructuary, or even to the legal owner of the corporate rights. Conversely, the income qualification of earnings obtained by the alienation of the dividend coupon may be questionable. The owner of the corporate rights does not obtain income from a direct source in the corporate rights, but from another contractual right. Moreover, equity loans, swaps, repos and other contracts involving substitutive payments of dividends paid by the current shareholder to the initial holder of the participation cause several questions in the relation to the dividend definition. In the author's opinion, domestic tax law could qualify as dividends under art. 10 of the Model the payments made by the dividend-distributing entity to the current or to the former shareholder. The aforementioned statement is consequence of the hypothesis that domestic law is not restricted by tax treaties to define the nexus between the income and the corporate rights. Part of that nexus is the definition of the subjective elements of the taxable event. Therefore, the definition of the tax liability on the bases of the subjective characteristics of the direct receipt (the current shareholder) or the beneficial owner (the former shareholder) of the income is not restricted by tax treaties. The conclusion adopted by this thesis avoids to rely in weak arguments, as the acceptance of the 2003's OECD Model Commentaries about the abuse, the justification that the lender was at some point a shareholder, or even admit that the lender is who actually supports the risk of run the company. However, it is worth to mention that dividend-substitute payments hardly qualify as dividends under the art. 10.3 of the OECD Model. Finally, re-qualification of capital

gains on sale of shares into dividends based on GAARs could be accepted by the OECD Model dividend-definition if the dividend-distributing entity reduced its assets or equity in favor of the corporate rights seller, as happened in the case *RMM Canadian Enterprises v. The Queen*. (Chapter III, section 3.4.1)

11.3.2. Accumulated profits can be distributed to the shareholders via full or partial liquidation of the company's equity. Income from the liquidation proceeds or the redemption value of the share, less the historical cost of the corporate rights results in an amount equivalent to the accumulated profits. These yields arise for the partners at least in three situations, when: a) the company is liquidated; b) the company acquires its own shares in order to keep them as treasury stock or to make a capital reduction; c) the company reduces the capital with the return of contributions. In those three situations there is a reduction of assets or equity in the company, condition that has been stated in this thesis as a requirement to the source State to qualify as dividends the capital gains on the alienation of shares. However, there are different arguments against that position, and in order to avoid conflicts of qualification it seems advisable the adoption of the widest reference to the domestic law in the dividend definition, as suggested by the US Model. (Chapter III, section 3.4.1)

12. Finally, there are cases where the dividend source is doubtful and consequently the conclusions set forth before should be refined. For instance, alienation of corporate rights on real estate companies ruled by art. 13.4 of the OECD Model and similar articles in Spanish actual treaties are *lex specialis* and prevails on arts. 10.3 and 13.5 of the Model Convention. Similarly, tax refunds in integration systems like the ACT in UK or the *avoir fiscal* in France are payments made by the tax administration, but not by the dividend-distributing entity. Moreover, those payments do not have their direct source in corporate rights. For that reason, it is recommended to include expressly those payments in the dividend article if the tax policy result of taxing that income as income from shares is coherent and systematic.

As a general conclusion from a *lege ferenda* perspective, it is recommended to: i) delete the reference to the domestic law in the interest article; ii) adopt the widest definition of dividends; iii) exclude those rights included in the first part of the definition that, understood from the private law meaning, are not subject to the same taxation treatment as income from ordinary shares; iv) provide specific solutions for the most common conflicts of qualification described throughout this thesis. But, as Benedetti has said, "when we believed that we had all the answers, suddenly all the questions changed ". Should exist some limits on the source State's reference in tax treaties dividend definition? What kind of limits should exist? According to LARENZ's statements on the "internal system", in the authors opinion in international tax law there is nor that internal system. The international legal order does not have principles allowing the coordination of the domestic legal systems in the contracting States. Domestic laws of contracting States can be considered "internal systems" and DTCs, at least concerning with the distributive rules (art. 6-22 MCOCDE), just aim to distribute the taxation power of contracting States and to promote the economic exchange. Given, on one hand, that the ability to pay principle is not defined at the international level and, on the other hand, that different economic policy purposes lead the tax treaties structure, the definition of dividends in DTC's is an "abstract concept" attempted to be subsumed, which, using LARENZ's words, is useful only to the "internal system" of the source State, as its degree of abstraction in the treaty level makes vacuum the content for the international system and for the residence State system<sup>1348</sup>.

---

<sup>1348</sup> LARENZ 2010: p. 465-482.

## BIBLIOGRAFÍA

### A

AA.VV. (2012), “Modelo ILADT de Convenio Multilateral de Doble Imposición para América Latina”, en: *Cuaderno Tributario ICDT*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

AGUAS ALCALDE, E. (2003) *Tributación Internacional de los Rendimientos de Trabajo*. Pamplona: Aranzadi.

AIGNER, H-J., SCHEUERLE, U. & STEFANER, M. (2004) *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International-EUCOTAX.

AKIN, B. (n.d.) “What is a Dividend?”. Obtenida el 18 de septiembre de 2013 [http://www.taxbar.com/documents/dividend\\_Barrie\\_Akin.pdf](http://www.taxbar.com/documents/dividend_Barrie_Akin.pdf)

ALBI IBÁÑEZ, E. (2010) El Impuesto Sobre Sociedades: La Investigación Económica y Los Criterios Para Su Reforma En España. Consultado el 24 de octubre de 2012, *Instituto de Estudios Fiscales, Documentos de Trabajo*: Disponible en: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos\\_trabajo/2010\\_13.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2010_13.pdf)

ALBI IBÁÑEZ, E. (2007) Sistema de Tributación de Accionistas. *Crónica tributaria*, 122 pp.11-30.

ALBIÑANA, C. (1974) *El Sistema Fiscal en España*. Madrid: Biblioteca Universitaria Guadiana.

ALCALÁ, E. & GONZÁLEZ, L. (1929) *Contribución sobre Utilidades*. Madrid: Espasa-Calpe.

ALMUNÍ CID, J.M. (2010) “El Régimen Antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional.” SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 4ª edición. Madrid: Ediciones CEF. pp. 1037-1119.

ALMUNÍ CID, J.M. (2005) *El Régimen Jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

AMERICAN LAW INSTITUTE (1992). *International Aspects of US Income Taxation II (Proposals on US Income Tax Treaties)*. American Law Institute.

ARNOLD, B. J. (2004). Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 58 (6), 244-270.

ARNOLD, B. J. & VAN WEEGHEL, S. (2006). "The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures in Tax Treaties and domestic Law." MAISTO, G. *Tax Treaties and Domestic Law*. EC and International Tax Law Series. Vol. 2. Amsterdam: IBFD. pp. 81-214.

ARRUBLA PAUCAR, J.A. (2008). *Contratos Mercantiles*. Bogotá: Dike.

ARRUDA FERREIRA, V. & MARINHO, A. P. (2013). Tax Sparing and Matching Credit: From and Unclear Concept to an Uncertain Regime. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (67) 8, 397-413.

AULT H. J. (1992). Corporate Integration, Tax Treaties, and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices. *Tax Law Review*, (47), 565-608.

AULT, H. J. & ARNOLD, B. J. (2010) (3) *Comparative Income Taxation. A Structural Analysis*. (3rd Ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

AULT, H. J. & BRADFORD, D. F. (1990). "Taxing International Income: An Analysis of the U.S. System and Its Economic Premises." RAZIN & SLEMROD (eds.), *Taxation in Global Economy*. University of Chicago Press. pp. 11-46.

AVELLA, F. (2009) Dual Residence, Group Taxation and Tax Treaty Law. En: HOFSTÄTTER, M., & PLANSKY, P., *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*, Linde, Vienna, pp. 293-317.

AVERY JONES, J. (2012) Avoiding Double Taxation: Credit versus Exemption – The Origins. *Bulletin for International Taxation*, (66) 2, 67-76.

AVERY JONES, J. (2012b) "The Benefits of Article 3(2) of the OECD Model", En: *Essays on Tax Treaties. A Tribute to David A. Ward*, Amsterdam: IBFD: 3-13.

AVERY JONES, J., (2002) The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty Is Concluded. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (56)2, 102-109.

AVERY JONES, J. (1993) "United Kingdom". International Fiscal Association. *Interpretation of double taxation conventions..* Denventer: Kluwer Law and Taxation Publ., pp. 597-614.

AVERY JONES, J. (1986), Interpretation of tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (40)2, 75-85.

AVERY JONES, J. & BOBBETT, C. (1999) Triangular Treaty Problems: a Summary of the Discussion in Seminar E at the IFA Congress in London. *Bulletin for International Taxation*, (53) 1, 16-20.

AVERY JONES, J., et al. (2009) The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation? *World Tax Journal*, (1)1, 5-45.

EVERY JONES, J. et al. (2006) The Origins of the Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States. *Bulletin for international taxation*, (60)6 220-254.

EVERY JONES, J., et al. (2006b) “The Treatment of Trusts Under the OECD Model Convention.” En: CADESKY, M. & PEASE, R., *Trust and International Tax Treaties*, Tottel Publishing – STEP. pp. 175-234. Publicado originalmente en *British Tax Review* 41 y 65 (1989).

EVERY JONES, et al (2006c) The Interpretation of Income tax treaties with particular references to the Commentaries on the OECD Model. Amsterdam: IBFD.

EVERY JONES, J. et al, (2002) Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax. *Bulletin for International Fiscal Documentation*. – *Tax treaties monitor*, (56) 7, 298-320.

EVERY JONES, J. et al (1999) Whether the Definition of Dividend Limited to the Dividend Article Applies to the Double Taxation Relief Article Granting Underlying Credit. *Bulletin for International Fiscal Documentation*. (53) 3, 103-108.

EVERY JONES, J. et al (1996) Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization. *European Taxation, IBFD*, (36) 4, 118-146.

EVERY JONES, J. et al (1984) The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to art. 3.2. of the OECD Model. *British Tax Review*, Part. I, 14-54; Part II, Vol. II, 90-118.

AVI-YONAH, R. 2005, Tax Treaty Overrides: A Qualified Defense of US Practice. Obtenida el 4 marzo de 2014 de: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=829746](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=829746) también publicado en: MAISTO, G. (ed.) (2006) *Tax Treaties and Domestic Law*.

AVY-YONAH, R. (2007) Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (61)4, 130-138.

AVY-YONAH, R & CHENCHINSKI, A. (2010) The Case for Dividend Deduction. *Law & Economics Working Papers*, (27), 1-12.

AVY-YONAH, R. (2010) The Redemption Puzzle. *Law & Economics Working Papers*, (20), 1-7.

AYRES BARRETO, P. (2008) Juros sobre Capital Próprio - não-incidência de PIS e COFINS. *Revista de Direito Tributário*, (100), 130-139.

BÁEZ MORENO, A. (2009) *Los Negocios Fiduciarios en la Imposición sobre la Renta*. Pamplona: Aranzadi

BÁEZ MORENO, A. (2005) *Normas Contables e Impuesto sobre Sociedades*. Pamplona: Aranzadi.

BÁEZ MORENO, A., GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M. L. & ORTIZ CALLE, E. (2005) Estudio Preliminar al Libro, HENSEL, A. *Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons.

BAGO ORIA, B. (2010). *Dividendos Encubiertos el Reparto Oculto del Beneficio en Sociedades Anónimas y Limitadas*. Cizur Menor: Aranzadi.

BAKER, P. (2000) *Double Taxation Conventions*. Exeter: Thomson Professional Pub Canada. Hojas intercambiables.

BAKER, P. (S.A.). The High Court Decision in Smallwood. Obtenida el 28 de agosto de 2013 de: [http://www.taxbar.com/The\\_High\\_Court\\_Decision\\_in\\_Smallwood\\_PB.pdf](http://www.taxbar.com/The_High_Court_Decision_in_Smallwood_PB.pdf)

BARENFELD, J. (2005) *Taxation of Cross-Border Partnership*. Amsterdam: IBFD.

BÄRSCH, S. (2014), The Definitions of Dividends and Interest Contained in the OECD Model, Actual Treaties, and the German Model. *Intertax*, (42), 433-444.

BÄRSCH, S. (2012), *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Heildelberg: Springer.

BÄRSCH, S. & SPENGLER, C. (2013) Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice. *Bulletin for International Taxation*, (October), 520-528.

BENNETT, M. & RUSSO, R., (2007) OECD Project on Attribution Of Profits to Permanent Establishments: an Update. *International Transfer Pricing Journal*, IBFD (Sep-Oct), 279-284.

BERLE, A. & MEANS G.C. (1991) *The Modern Corporation and Private Property*. New Jersey: Transaction Publishers.

BIEBER, T. et al (2008) Taxation of Cross-Border Portfolio Dividends in Austria: The Austrian Supreme Court Interprets EC Law. *European Taxation* (Noviembre), 583-589.

BLANLUET, G. & DURAND, P.J. (2011) “General Report”. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Key practical issues to eliminate double taxation of business income*, 96A, [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). pp. 17-57.

BLESSING, P. (2012), The Debt-Equity Conundrum – A Prequel. *Bulletin for International Taxation*, (66) 4/5, 198-212

BLESSING, P. (2012b) “Domestic and Treaty Anti-Abuse Rules as Applied to Dividends.” MAISTO, G. (ed.) *Taxation of intercompany dividends under tax treaties and EU law*. Amsterdam: IBFD. pp. 107-158.

BME (2013) *Fórmulas de Remuneración al Accionista. Significado, implicaciones fiscales, contables y ejemplos*. Madrid: BME Disponible en: [http://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2000/01/Informe\\_Dividendos\\_completo.pdf](http://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2000/01/Informe_Dividendos_completo.pdf) [consultado el 10 de noviembre de 2014]

BOCCARDO, V., (2009) “Dual resident Corporations and the changes in the Commentary to the OECD MC 2008 - impact on existing treaties.” HOFSTÄTTER, M. & PLANSKY, P. *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*. Viena: Linde. p. 115-134.

BOULOGNE, G.F. & GEURSEN, W.W. (2010). *Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt*. *European Taxation*, (50)4, 129-140.

BREALEY, R., MYERS, S., MARCUS, A. (2011) *Principles of Corporate Finance*. 10<sup>th</sup> Edition. New York: McGraw-Hill/Irwin.

BRACEWELL-MILNES, B. (1995) “Summary of Proceedings”. IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. London; Boston: Kluwer Law International.

BRAUNER, Y. (2008) *The Non-Sense Tax: A reply to New Corporate Income Tax Advocacy*, Mich. St. L. Rev. 591, available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/17> Obtenida el 20 de septiembre de 2012.

BRONSELAER, K., (2012) “Belgium”, MAISTO, G. (ed.), *Taxation of intercompany dividends under tax treaties and EU law*. Amsterdam: IBFD. pp. 383-466.

BROWN, P. (2012) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The debt-equity conundrum*. 97B. Rotterdam: IFA. pp. 15-44. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

BROWN, C. & O'BRIEN, M. (2012) “Canadá.” LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) (7) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 203-231

BÜHLER, O. (trad. CERVERA TORREJÓN, F.) (1968) *Principios de Derecho Internacional Tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero.

BUITRAGO, E. (2007) *El Concepto de Cánones y/o Regalías en los Convenios Para Evitar la Doble Tributación sobre la Renta*. España: CISS/Deloitte



BULLEN, A. (2011) *Arm's Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Amsterdam: IBFD.

BUNDGAARD (2014) Debt-flavoured Equity Instruments in International Tax Law. *Intertax*, (42) 6-7, 416-426.

BUNDGAARD, J. (2010) Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives. Parts 1 and 2. *European Taxation*. (50)10. 442-456

BUNDGAARD, J. (2008) Perpetual and super-maturity debt instruments in international tax law. *Derivatives and financial instruments*, 10/4, 126-142

BUNDGAARD, J. & DYPPEL, K.J. (2010) Profit-participating loans in international tax law. *Intertax*, 38/12, 643-662

BUZANICH, H. (2004) A Comparison Between the U.S. and OECD Approaches to Hybrid Entities. *Tax Notes International*. October 4, 2004. 71-94.

## C

CAHN-SPEYER WELLS, P. (2008) El método de imputación de impuestos no pagado (tax sparing) en un mundo globalizado. GARCÍA NOVOA, C. & HOYOS JIMENEZ, C., *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, Argentina: Marcial Pons. pp. 1991 a 2020.

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012) ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje? *Revista de Contabilidad y tributación* (347), 5-40.

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012b) A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una Resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional. *Quincena Fiscal Aranzadi* (no. 12/2012). [Consultado: 20 de septiembre de 2012]. Online [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2010) La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación. SERRANO ANTÓN, F. (dir). *Fiscalidad Internacional*, 4ª edición. Madrid: Ediciones CEF. pp. 323-442

CALDERÓN CARRERO, J. M. (1997) *La Doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill.

CALDERÓN CARRERO, J. M. (1995) Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario. *Crónica Tributaria* (76), 13-60.

CALDERÓN CARRERO, J.M. & MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009) Los Ajustes Secundarios en la Nueva Regulación de las Operaciones Vinculadas. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (316) 47, 37-64.

CARELLI, F. (2012) Treaty between Switzerland and Denmark – Swiss Federal Administrative rules on the definition of beneficial ownership, *IBFD Tax News Services* (september) [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

CARROLL, M. (1978) *Global Perspectives of an International Tax Lawyer*, Hicksville, N.Y: Exposition Press

CARROLL, M. (1939) (LEAGUE OF NATIONS) “Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: two decades of progress un the League of Nations”. Doc.F/Fiscal/111.

CARROLL, M. (1933) *Taxation of Foreign and National Enterprises*. Vol. IV. Methods of Allocating Taxable Income. Ginebra: League of Nations.

CASTRO ARANGO, J. M. (2014) Límites a la Capitalización Encubierta en España: problemas Comunitarios y Convencionales de los Nuevos Artículos 20 y 14.1.h) del TRLIS. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (376). Madrid: CEF.

CASTRO ARANGO, J. M. (2013) La Capitalización Encubierta en la Reforma Tributaria de 2012: ¿Trasplante legal o engendro legal? *Revista de Derecho del Estado*, (31), 161-190.

CASTRO ARANGO, J. M. (2012) “Los Conflictos de Calificación en los CDI: Comentarios sobre el Approach de la OCDE”. *Documento de Trabajo N° 15/2012*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

CASTRO ARANGO, J. M. (2012b) Solución de contradicciones entre los CDI y el derecho interno. *Impuestos Revista de Orientación Tributaria*, (166). 27-29

CASTRO ARANGO, J. M. (2012c) Subcapitalización y limitaciones a la deducibilidad de intereses ‘interest barriers’. *Impuestos Revista de Orientación Tributaria* (172) julio-agosto. 18-24.

CASTRO ARANGO, J.M. (2011) Capítulo XX: “El concepto de dividendos y participaciones en los convenios tributarios sobre la renta y el patrimonio desde la perspectiva colombiana”. PIZA, J.R. & SARMIENTO, P. (Eds). *El impuesto sobre la renta y complementarios. Consideraciones teóricas y prácticas*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 537-570.

CASTRO ARANGO, J. M. (2011b) El Sistema Normativo y la Interpretación Frente al Soft Law: Especial Referencia a los Documentos Creados por la OCDE en Materia Fiscal. *Revista Internacional Legis de Contabilidad y Auditoría*, (46 Abr-Jun), 137-166.

CASTRO ARANGO, J. M. (2008) El Establecimiento Permanente y Régimen de la Sucursal de Sociedad Extranjera en Colombia. Primicias y problemáticas. *Revista de Derecho Fiscal* (no. 4). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 195-226.

CASTRO, J. M. & GONZALEZ, A. (2014) “Colombia.” AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Subject II: Qualification of taxable entities and treaty protection*. Vol. 99b. Rotterdam: IFA. pp. 235-257. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

CASTRO ARANGO, J. M. & MARIN ELIZALDE, M. (2009) El establecimiento permanente como criterio de sujeción impositiva: reflexiones en torno a su naturaleza y aplicación en Colombia. *Revista Impuestos* (153) (May-Jun). Bogotá: Legis. p. 29-34.

CATÁ BACKER, L. (2002) *Comparative Corporate Law : United States, European Union, China, and Japan : Cases and Materials*. Durham: Carolina Academic Press.

CENCERRADO MILLÁN, E. (2012) “Spain.” MAISTO, G. (ed.) (2012) *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD, pp. 873-968

CENCERRADO MILLÁN, E. (2010) “La subcapitalización.” CORDÓN, T. (Dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. Madrid: Ediciones CEF. pp. 637-691.

CENCERRADO, E. (2007) Los efectos del ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*. (133) 2007. pp. 43-82.

CHECA GONZALEZ, C., (2009) Los <<motivos económicos válidos>> que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un estado miembro a otro de la Unión Europea. *Quincena fiscal, CEF* (1-2, Ene). 127-141.

CLARKSON, C.M.V. HILL, J. & JAFFEY, A.J.E. (2006) *The Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press.

COMBARROS VILLANUEVA, V. E. (1984) La Interpretación Económica como Criterio de Interpretación Jurídica (Algunas Reflexiones a Propósito del Concepto de “Propiedad Económica” en el Impuesto sobre el Patrimonio. *Revista Española de Derecho Financiero* (44), 485-536.

COMBARROS VILLANUEVA, V. E. (1984) *Régimen Tributario de las Operaciones entre Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*. Madrid: Tecnos.

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. Dividend taxation of individuals in the Internal Market. 19/12/2010.

CONCEIÇÃO COSTA, L. E. (2012). US Treaty Policy and Practices Regarding Distributions from Real Estate Investment Trusts. *Bulletin for International Taxation*. (66) 8, Publicado online. [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) (consultado el 22 de octubre de 2012)

COOPER, G. & GORDON, R. (1998) “Chapter 19: Taxation of Legal Persons and their Owners”. TURONYI, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 2. Washington D.C.: International Monetary Fund. pp. 1-84.

CORASANITI, G. (2003). “El Modelo OCDE de Convenio Bilateral para Evitar la Doble Imposición y los “Trust””. UCKMAR, V. *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Tomo II. Bogotá: Temis. pp. 9-17

CORDÓN EZQUERRO, T. & GUTIÉRREZ LOUSA, M (2007) “La subcapitalización: Tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación.” CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, Tercera Edición. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

CORONA RAMÓN, J. (1992) “Doble Imposición Económica e Internacional de los Dividendos.” Papeles de Trabajo, no. 1. Madrid: IEF

CORONADO, L, CHEUNG, P. & KYTE, J., (2010) An overview of Arm’s Length Approaches to Thin Capitalization. *International Transfer Pricing Journal*, (Jul-Ago). 270-275.

COUSTEL, A. & COUDIN, P. (1997). Tax Status of Foreign Partners of a French Partnership. *European Taxation* (37/12). 463-465.

CRUZ, M. & LOPEZ, S. (2009), “Capitulo 24. Régimen Especial de Entidades en Atribución de Rentas.” *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 939-951.

CUBIDES PINTO, B. (2010) *Normas y Convenios Para Evitar la Doble Imposición Internacional en el Impuesto de Renta y en el Impuesto al Patrimonio en Colombia*. Medellín: CETA.

CUNNINGHAM, L. (2005) *Law and Accounting. Case and Materials*. American Casebook series. St. Paul: THOMSON WEST.

## D

DAHLBERG & WIMAN (2013) General Report. AA.VV., *Cahiers Cahiers de Droit Fiscal International: The taxation of foreign passive income for groups of companies*. Vol. 98A, Rotterdam: IFA. pp. 17-56. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

DANIELS, A.H.M, (1991), *Issues in International Partnership Taxation*, Series on International Taxation 12, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991.

DANON, R, (2004), Conflicts of Attribution of Income Involving Trusts under the OECD Model Convention: The Possible Impact of the OECD Partnership Report, *Intertax* 210, (32) No. 5, 210-222.

DANON, R., (2004b), “Switzerland’s Direct and International Taxation of Private Express Trust”, *Droit Fiscal Suisse et International*, vol. 1, Zurich: Linde Verlag.

DAVIES, P. (1997) *Gower’s Principles of Modern Company Law*, London: Sweet & Maxwell

DAY, T. (2011) Article 3(1) Definitions. ECKER, T & RESSLER, G. (eds), *History of Tax Treaties*, Viena: Linde. pp. 143-164.

DE BROE, L. (2008) *International Tax Planning and Abuse. Doctoral Series*, Amstedam: IBFD, online books, Consultado el 10 de marzo de 2012. Tax Research Platform [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

DE BROE, L. & DE LA SERNA, M (2005) Sociétés civiles transparentes françaises et la territorialité du droit fiscal belge. *Revue générale de fiscalité* (36)2, 15 et seq.

DE BROE, L. ET AL. (2011) Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions. *Bulletin For International Taxation* (July), 375-389.

DE MOOIJ, R. A. (2011), *Tax biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*, Consultado el 29 de mayo de 2013, IMF Staff Discussion Note: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1111.pdf>

DE PIETRO, C. (2014) *Tax Treaty Override*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer-Eucotax.

DE SANTIS, D.A (2013) *A Comparative Analysis of Article 10(5) of the OECD Model as Implemented in Tax Treaties and Relevant Case Law [versión electrónica]*. *Bulletin for International Taxation*, (67) 4/5.

DELGADO PACHECO, A. (2004) *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española*. Pamplona: Aranzadi-Thomson.

DIEZ VELASCO, M. (2007) *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta edición. Madrid: Tecnos.

DOENBERG, R. (1995). Amending the OECD Model Treaty and Commentary in Response to Corporate Tax Integration. IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized*

jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association. Deventer: Kluwer. pp. 5-27.

DU TOIT, C. (1999) *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.

DUNCAN, J. (2000) "General Report". AA.VV., *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions*. Vol. 85A. Rotterdam: IFA. pp. 21-34. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

DWORKIN, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

DYPPEL WEBER, K. (2014) Tax Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreements [versión electrónica]. *World Tax Journal*. (6) 2.

DZIURDŹ, K. (2013) Circularly Linked Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test. [versión electrónica]. *Bulletin for International Taxation*, (67) 6.

## E

EBERHARTINGER, E. & SIX, M. (2009), Taxation of Cross-Border Hybrid Finance: a Legal Analysis. *Intertax*, (37) 1, 4-18.

ED, L.J., & BONGAARTS, P. J.M. (1997) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The Taxation of Investment Funds*. Vol. 82B. Rotterdam: IFA. pp. 21-59. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

EDUARDES-KER, M. (1994) *Tax Treaty Interpretation*, Phd Thesis. Queen Mary and Westfield College University of London.

ELVIRA BENITO, D. (2000) *El Concepto de Establecimiento Permanente*. Tesis doctoral. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

ENGELEN, F. & DOUMA, S. (Eds.) (2008) *The Legal Status of the OECD Commentaries*. Amsterdam: IBFD.

ENGELEN, F.A. (2004) *Interpretation of tax treaties under international law: a study of articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the law of treaties and their application to tax treaties*. Amsterdam: IBFD.

ENGLISCH, J. (2010) Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms. *Intertax*, (38) 4, 197-221.

ENGISCH, K. (1975), *Einführung in das juristische Denken*. Berlín: Verlag W Kohlhammer.

ESPADAFOR LÓPEZ, C. M. (2007) La estructuración del Derecho Financiero y Tributario Internacional y Comunitario. *Crónica Tributaria*, (125), 39-47. España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 14 marzo 2013. JUR\2013\99855

ESSERS, P. & RIJKERS, A. (2005) "Introduction". ESSERS, P. & RIJKERS, A. (eds), *The Notion of Income from Capital*. EATLP International Tax Series, Vol. I, Amsterdam: IBFD.

ESTEVE PARDO, M. L. (1996) *Fiscalidad de las Operaciones entre Sociedades Vinculadas y Distribuciones Encubiertas de Beneficios*. Valencia: Tirant lo Blanch.

EUROPEAN UNION, COMMISSION. (2010) *Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend taxation of individuals in the Internal Market*. Brussels: European Comission.

## F

FALCÓN Y TELLA, R., (2001) "Tendencias actuales en los criterios de sujeción al tributo: hacia la territorialidad". *Crónica Tributaria*, (100). 53-60.

FALCÓN Y TELLA, R. (2000) Art. 20 subcapitalización. AA.VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*. Madrid: Marcial Pons.

FALCÓN Y TELLA, R. (1997) Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición. *Quincena Fiscal* (16) 5-8.

FALCÓN Y TELLA, R. (1992) Cuestiones normativas y cuestiones de prueba en el Derecho Tributario. *Crónica Tributaria*, (61), 27-36.

FALCÓN Y TELLA, R. & PULIDO GUERRA, E. (2010) *Derecho fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons.

FANTOZZI, A. (2007) "Conclusions". MAISTO, G. *Courts and Tax Treaty Law*. Amsterdam: IBFD. pp. 403-410.

FERNANDEZ DEL POZO, L. (1992) *El fortalecimiento de recursos propios*. Madrid: Marcial Pons.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2005) *Las participaciones preferentes: un híbrido financiero supletorio del capital social*, Madrid: Thomson Civitas.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SANCHEZ LEGIDO, A. & ORTEGA TEROL, J. (2004) *Manual de Derecho Internacional Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

FIBBE, G. (2009) *EC Law Aspects of Hybrid Entities*. Amsterdam: IBFD.

FONT GALÁN, J. (2009) “Primas de asistencia a juntas generales de sociedades anónimas y dividendos encubiertos (A propósito de una experiencia en empresas bancarias)”. *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Vol. 1. La Ley: Madrid. pp. 771-812.

FONTANA, R. (2006) The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1, 46, *European Taxation*, (6). *Journals, IBFD*.

FRIEDLANDER, L. & WILKIE, S. (2006) Policy Forum: The History of Tax Treaty Provisions-And Why It Is Important To Know About It. *Canadian Tax Forum*. Vol. (54) 4, 907-921.

## G

GALEA, R. (2012) The Meaning of “Liable to Tax” and the OECD Reports: Their Interaction and Ambiguous Interpretation. *Bulletin for International Taxation*, (66) 6. Online journals, IBFD.

GALLO, E. (2012) “Drawing the Borderline between Debt and Equity in Tax Treaty Law (Hybrid Finance).” MASSONER, C., STORK, A., STÜRZLINGER, B. , Linde, Viena: *International Group Financing and Taxes* pp. 463-484.

GAMITO C. & ANTAS, F. (2012). Relief from double taxation of distributed profits and the “effective taxation” requirement. *European Taxation, IBFD* (Feb-Mar). 122-126.

GAMMIE, M. (2013) The Relationship of *Situs* and Source and Source Rules for Tax Purposes. TILEY, J. (ed) *Studies in the History of Tax Law*, Vol. 6. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing. pp. 81-134.

GAMMIE, M. (2010) The Origins of Fiscal Transparency in UK Income Tax Law.” TILEY, J. (ed) *Studies in the History of Tax Law*, Vol. 4. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing. pp. 33-66.

GAMMIE, M. (1991) Corporate tax harmonization: An ‘ACE’ proposal. *European Taxation* (31)8. p. 238-242.

GARBARINO, C. (2009). Tax Transplants and Circulation of Corporate Tax Models. Consultado el 10 de marzo de 2013, *Bocconi Legal Studies Research*: <http://ssrn.com/abstract=1356122> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1356122>

GARCÍA BERRO, F. (2014) “El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (II)”. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*. Tecnos: Madrid. pp. 117-249.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. 14 edición. Madrid: Thomson-Civitas.

GARCÍA MANDALONIZ, M. (2003) *La Financiación de las PYMES*, Navarra: Aranzadi.



GARCÍA NOVOA, C. (2013) Algunas Consideraciones Jurídica sobre la Fiscalidad de la Retribución al Accionista Individual [versión electrónica ]. *Revista Bolsa*. (2013/6), 1-20. Disponible en:

[http://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2013/06/Articulo\\_1-Carmen\\_Ansotegui.pdf](http://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2013/06/Articulo_1-Carmen_Ansotegui.pdf) [consultada el 15 de octubre de 2014]

GARCÍA NOVOA, C. (2006). “Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional.” GODOY FAJARDO, J. P. (Coord.) *Estudios de Derecho internacional tributario. Los Convenios de doble tributación*, ICDT. Bogotá: Legis.

GARCÍA PRATS, A. (2010) “La Cláusula de no Discriminación en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional.” SERRANO ANTÓN, F., *Fiscalidad Internacional*, 4º edición. Madrid: CEF. pp. 1121-1154.

GARCÍA PRATS, A. (2008) “La figura del Establecimiento Permanente en el Orden Tributario Mundial.” HOYOS JIMÉNEZ, C. (coordinadores). *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons.

GARCÍA PRATS, A. (1996) *El Establecimiento Permanente. Análisis jurídico tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid: Tecnos.

GARCIA PRATS, A. (1994) Triangular Cases and Residence as a basis for Alleviating International Double Taxation. Rethinking the Subjective Scope of Double Tax Treaties. *Intertax* (noviembre) 473–491.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (n/d) *Derecho de Sociedades: Problemas de Ley Aplicable*. Consultado el 4 de julio de 2013: [http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/fga%20-%20DER%20INT%20SOC.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/fga%20-%20DER%20INT%20SOC.pdf)

GARNER, B. & BLACK, H. C. (2004) *Black’s Law Dictionary*. 9th Ed. St. Paul, MN: Thomson/West.

GARRIGUEZ, J., & URÍA, R. (1976). *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª edición revisada y corregida y puesta al día por Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

GASSNER, W. (2005) “The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income From Capital – A Response.” ESSERS, P. & RIJKERS, A. (eds) *The Notion of Income from Capital*. EATLP International Tax Series, Vol. I, Amsterdam: IBFD.

GIERKE, O. (2010). GARCÍA ESCUDERO, P. (trad.) "*Teorías políticas de la Edad Media*. 2ª ed. Revisado y aumentado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GIULIANI, F. (2002) Article 10(3) of the OECD Model and Borderline Cases of Corporate Distributions. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, (January), 11-14.

GOMES, A. (2013). General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The taxation of foreign passive income for groups of companies*. Vol. 98A. Rotterdam: IFA. pp. 159-180. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, A. (2008) *Curso de Derecho Internacional Público*. Cuarta Edición. Pamplona: Thomson-Civitas.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M. L. (2003) *La doble imposición de dividendos*. Pamplona: Aranzadi.

GOUTHIÈRE, B. (2011) Favorable Interpretation of Foreign Tax Credit Rules. *International Tax Journal*, Vol. 37, no. 1; p. 15-16.

GRAETZ, M. J. & WARREN, A. (2007). Dividend Taxation in Europe: When ECJ Makes Tax Policy. *Common Market Law Review*, (44), 1577-1623.

GRAHAM, J.R. (2013) Do Taxes Affect Corporate Decisions? A Review. En: *Handbook of Economics of Finance*, Vol. 2, Part A, 2013, pp. 123–210

GREENAWAY, T.D. & MARION, M.L. (2012) A Simpler Debt-Equity Tes. *The Tax Lawyer*, (66)1, 73-112.

GRUNDMANN, S. (2007) *European Company Law*. Oxford-Antwerpen: Intersentia.

GUARDIOLA SACARRERA, E. (2004). *Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional*, 2ª edición. Barcelona: Bosch.

## H

HAELTERMAN; A. & VERSTRAETE, A. (2008) “The “Notional Interest” Deduction in Belgium”, *Bulletin For International Taxation*, August/September, pp. 362-373.

HARRIS, P. (2014) Article 10: Dividends. *Global Tax Treaty Commentaries*. Amsterdam: IBFD. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

HARRIS, P. (2013) *Corporate Tax Law. Structure, Policy and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

HARRIS, P. (2010) Cross-border Dividend Taxation in the 21st Century: the (Ir)relevance of Tax Treaties. *British Tax Review*, (6), 573-588

HARRIS, P. (2000) Origins of the 1963 OECD Model Series: Working Party Twelve and Article 10 – Annexes. *Australian Tax Forum*, (15), 75–224.

HARRIS, P. (1999) Origins of the 1963 OECD Model Series: Working Party Twelve and Article 10. *Australian Tax Forum*. (15), 3–72

HARRIS, P. (1996) *Corporate /Shareholder Income Taxation: a comparison of imputation systems*. Amsterdam: IBFD.

HARRIS, P. & OLIVER, D. (2010) *International Commercial Tax*. Cambridge: Cambridge University Press.

HARUN OGUTU, A. (2008) “The relevance of domestic law of the source state in the interpretation of distributive rules under special consideration of Art. 6 (2) and Art. 10(3) of the OECD-MC.” SCHILCHER M. & WENINGER P. (eds.) *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*. Viena: Linde. pp. 267-286.

HATTINGH, J. (2013) "The Origins of Model Tax Conventions: Nineteenth-Century German Tax Treaties and Laws Concerned with the Avoidance of Double Taxation." TILEY, J. *Studies in the History of Tax Law*, vol. 6. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing. pp. 31-78

HATTINGH, J. (2009) South Africa: The Volkswagen Case and the Secondary Tax on Companies: Part 2 – The Effect on the Taxation of Dividends with Emphasis on Deemed (Constructive) Dividends. *Bulletin for International Taxation* (November), 508-533.

HATTINGH, J. (2009b) South Africa: The Volkswagen Case and the Secondary Tax on Companies: Part 1 – The Outcome. *Bulletin for International Taxation*. (October), 442-446

HAYWARD, R. (2006) *Conflict of Laws*, 4<sup>th</sup> ed. Sydney: Cavendish.

HEINRICH, J. & MORITZ, H. (2000) Interpretation of tax treaties. *European Taxation*. (40/4), 142-152.

HELMINEN, M. (2013) Finland: “Do Investment Fund Distributions Constitute Dividends?”. *Tax Treaty Case Law around the Globe 2013*. Amsterdam: IBFD. pp. 211-221

HELMINEN, M. (2011) *EU Tax Law Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD.

HELMINEN, M. (2010) *The International Tax Law Concept of Dividend*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International BV.

HELMINEN, M. (2000) Classification of Investment Fund Distributions. *Derivatives & Financial Instruments* (2), 135-139.

HELMINEN, M. (1999) “Do Distributions From Investment Funds Constitute Dividends for International Tax Law Purposes?”. *Tax Notes International*. Vol. 18, No. 21. pp. 2155-2170

HELMINEN, M. (1999b) *The Dividend Concept in International Tax Law*. London: Wolters Kluwer International BV.

HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GALÁN, C. (1979) “El Sistema de Imposición Directa: Estructura y Delimitación de los Respectivos Objetos Imponibles.” *Compendio de Derecho Tributario Español*. Madrid: Ministerio de Hacienda. p. 387-400.

HINNY, P. (2008) General Report. *Cahiers de Droit Fiscal: New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*. Vol. 93b. Rotterdam: IBFD. pp. 15-50.

HIMINO, R. (1996) Note on Secondary Adjustments. En: IFA, *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Vol. 19b. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International. pp. 47-50.

HONJO, T., (2007) Japan. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal: Conflicts in the Attribution of Income to a Person*. Vol. 92b. Rotterdam: IFA. pp. 351-373. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

HORALÁ I VALLE, J. (2007) *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Cizur Menor: Thomson- Aranzadi.

## I

ILLESCAS, R. (1973) *El Derecho del Socio al Dividendo en la Sociedad Anónima*, Anales de la Universidad de Sevilla No. 16. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES (GREAT BRITAIN) (1991) *Equity for Companies: A Corporation Tax for the 1990s*. London: Institute for Fiscal Studies.

INTERNATIONAL TAX DIALOGUE (FMI-OCDE) (2009) *Instituciones e Instrumentos Financieros –Desafíos Tributarios y Soluciones*. Consultado el 19 de septiembre de 2011 : [http://www.itdweb.org/financialconference/documents/conference\\_background\\_document\\_sp.pdf](http://www.itdweb.org/financialconference/documents/conference_background_document_sp.pdf)

## J

JANSSEN, S. (2011) “How to Treat(y) Sovereign Wealth Funds? The Application of Tax Treaties to State-owned Entities, Including Sovereign Wealth Funds.” WEBER D. & van WEEGUEL, S., *The 2010 OECD Updates: Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines – A Critical Review*, pp. 185-227. The Netherlands, Kluwer Law International. pp. 186-226.

JIMÉNEZ MARTÍN, F. & RODRÍGUEZ-RAMOS L. (2011) Cláusulas Antielusión y Convenios para Evitar la Doble Imposición: Cuestiones no Resueltas. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (339), Madrid: CEF. pp. 59-118.

JIMÉNEZ-BLANCO, J.I., (2010) “El Uso de los Instrumentos Financieros Híbridos en la Planificación Fiscal Internacional”, SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, 4.º edición, Madrid: CEF . pp. 1643-1662.

JIMÉNEZ-VALLADOLID, D. (2014) *Reorganization Clauses in Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.

JOGARAJAN, S. (2011) Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Actions . *Oxford Journal of Legal Studies*, (31), 4, 679-707.

JOSEPH, A. (2010) Clash of Rules: Thin Capitalization and Transfer Pricing. *International Transfer Pricing Journal, IBFD* (May-Jun), 215-218.

## K

KEMMEREN, E. C.C.M. (2001) *Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models*. Países Bajos: Universidad de Brabant.

KLEMM, A. (2006) *Allowances for Corporate Equity in Practice*, IMF Working Paper, WP/06/259, 2006.

KNOLL, M.S. (2011) Reconsidering international tax neutrality. *Tax law review*, 64/2. p. 99-129

KNÖLLER, C. (2011) The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective. *Intertax, Kluwer Law International BV* (39) 6/7, 317-336.

KOCH, F. E. (1947) *The Double Taxation Conventions*. London: Stevens & Sons Limited.

KOFLER, G. (2012) Indirect Credit versus Exemption: Double Taxation Relief for Intercompany Distributions. *Bulletin for International Taxation, IBFD* (Febrero 2012), 77-89.

KOFLER, G., & PISTONE, P. (2011) “General Report”. En: *Human Rights and Taxation in Europe and the World*. Amsterdam: IBFD. p. 10-11.

KOK, R. (2014) *The Classification of Debt and Equity*”. *Derivatives & Financial Instruments, [versión electrónica ]*. IBFD Online journals. 16(4)

KPMG (2006) Las NIIF Comentadas. Guía Práctica de KPMG para comprender las Normas Internacionales de Información Financiera. Ed. 2005/2006. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi.

KRAAKMAN, R. (2009) *The Anatomy of Corporate Law : A Comparative and Functional Approach*. Oxford-New York: Oxford University Press.

## L

LAMPERT, S. (2012) “Germany”. LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge. New York: Cambridge University Press. p. 466-500.

LANG, M. (2010) *Introduction To The Law of Double Taxation Conventions*. Amsterdam: IBFD-Linde.

LANG, M. (2009) OECD Model: Conflicts of Qualification Lang. *Tax Treaty Monitor, IBFD* (mayo/junio). p. 204-207.

LANG, M. (2008) ECJ case law on cross-border dividend taxation – recent developments. *EC tax review* (2). p. 67-77.

LANG, J. (2005) The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital. En: ESSERS, P. & RIJKERS, A. (eds) *The Notion of Income from Capital*. EATLP International Tax Series, Vol. I, Amsterdam: IBFD.

LANG, M. (2004) General Report Vienna. AA.VV., *Cahiers de Droit Fiscal International: Double Non-Taxation*, 89a, Amersfoort: pp. 73- 119.

LANG, M. (2003) CFC Regulations and Double Taxation Treaties. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, febrero 2006. IBFD. pp. 51-58.

LANG, M. (2000) The Application of the OECD Model Tax Convention To Partnerships. A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs. Viena: Linde.

LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

LANG, M. STARINGER, C. (2014) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Qualification of taxable entities and treaty protection*. Vol. 99b. Rotterdam: IFA. pp. 19- 82. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

LARENZ, K., (2010) *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 4a imp., Barcelona: Ariel Derecho.

LE GALL, J-P. (1995) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International International Tax Problems of Partnerships*, Vol. 80A. Rotterdam: IFA. pp. 657-708. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

LEAGUE OF NATIONS (1946b) Fiscal Committee, *Report on the work of the Tenth Session of the Committee held in London from March 20th to 26th, 1946*. (Official No. C. 37.M.37.1946.II.A.) Ginebra: League of Nations

LEAGUE OF NATIONS (1946) *London and México Model Tax Conventions: Commentary and Text*, Fiscal Committee, (Official number C.88.M.88.1946.II.A.), Ginebra: League of Nations

LEAGUE OF NATIONS (1927) *Double Taxation and Tax Evasion*, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion. (Official No.G.216.M.85.1927.II.) Geneva: League of Nations

LEAGUE OF NATIONS (1925) *Double Taxation and Tax Evasion*, Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee. Ginebra: League of Nations official number C.115.M.55.1925.II.

LEAGUE OF NATIONS (1923) *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp (Committee of Four), (Official No E.F.S.73.F.19.) Ginebra: League of Nations

LEWIS, P. & BREEN, J. (2008) Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases. En: *Tax Management Transfer Pricing (Report, 17, No. 1)* Washington, D.C: Caplin & Drysdale pp. 28-37.

LODIN, S. 1998, The imputation system and cross-border dividends : the need for new solutions. *EC tax review*. 7/4 ; p. 229-238.

LÓPEZ-HERMOSO, J. (2010) “El Ajuste Secundario”. CORDÓN, T. (Dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. Madrid: Ediciones CEF. pp. 715-740.

LOPEZ ESPADAFOR, C. M. (2007) La estructuración del Derecho Financiero y Tributario Internacional y Comunitario. *Revista Crónica Tributaria*, (125). 39-47.

LOUWINGER, A. (2008) *Participation Exemption and Derivatives in The Netherlands [versión electrónica]*. *Lovells Newsletter, (issue 1)*, pp. 11-14.

LUCAS DURÁN, M. (2000) *La tributación de los dividendos internacionales*. Valladolid: Lex Nova.

LUCHENA MOZO, G. (2012) Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments, *European Taxation*. 52/8, 409-421

## M

MACHANCOSES GARGÍA, E. (2012) La regla de interpretación del 10.3 del Modelo de Convenio de la OCDE en la resolución de conflictos de calificación. en: SERRANO

ANTON, F. (Dir.) *Fiscalidad y globalización*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. pp. 813-828

MACHANCOSES GARGÍA, E. (2002) *La Tributación de los Beneficios Percibidos por las Matrices Españolas Procedentes de las Filiales en el Extranjero*. Cizur Menor: Aranzadi.

MADEIRA, E. A. & CASSIANO, T. (2007) Exploring the Boundaries of the Application of Article 10(5) of the OECD Model. *Intertax* (35) 8/9, 473-483.

MAHONEY, P. G. (2000) Contract or Concession? An essay on the history of corporate law. *Georgia law review*. 34 (2) 873-893.

MAISTO G. & MALHERBE, J. (2013) Chapter 1: General Report. G. MAISTO (ed.). *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD. Online Books [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

MAISTO, G. (2010) “Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties”. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD.

MAISTO, G. (ed.) (2012) *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD.

MANDARIAGA MONTES, J. & YÁNEZ, VILLANUEVA, F. (2012), “Chile”, LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 549-597. – pp. 232-260  
*Manninen* (C-319/02)

MARÍN BENÍTEZ, G. (2013) *¿Es Lícita la Planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*. Pamplona: Lex Nova – Thomson Reuters.

MARÍN ELIZALDE, M. (2008) “Mecanismos de resolución de conflictos tributarios internacionales. Especial referencia al procedimiento amistoso (“MAP”) en los CDI.” *El tributo y su aplicación: Perspectivas para el Siglo XXI*, Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons - ILADT

MARÍN-BARNUEVO, D. (2010) “Los Sujetos Pasivos” ARRIETA, J., COLLADO, M. & ZORNOZA, J. (Dir.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria, Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, Madrid.

MARÍN-BARNUEVO, D. (1996) *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*. Madrid: Mc.GrawHill.



MARTÍN J., A. (2004) The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effects of the OECD Commentaries?. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (58)1, IBFD. p. 17-30.

MARTÍN J., A. (2010) Beneficial Ownership: Current Trends. *WTJ*, (Febrero). IBFD. pp. 35-63.

MARTÍN, A.J., (2012) "Procedimiento Amistoso". CARMONA, N. (Coord.) *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: CISS. pp. 695-758.

MATTEOTTI, R. (2005) Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules – A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary. *Intertax* (33) 8/9, 336-350.

MAY, N. (2011) "Article 10 Dividends". ECKER, T., & GERNOT, R. (eds) *History of Tax Treaties. The Relevance of the OECD Documents for the Interpretation of Tax Treaties*. Vienna. Linde. pp. 413-443.

MAYSON, S., FRENCH, D. & RYAN, C. (2007) *Company Law*. 24th edition. Oxford: Oxford University Press.

MC DANIEL, P., REPETTI, J. & RING, D. (2014) *Introduction to United States International Taxation*. Sixth Edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

MC LURE, C. E (1980) *Must Corporate Income be Taxed Twice*. Washington.: The Brookings Institution.

MILLER, M. (1977) Debt and Taxes. *The Journal of Finance*, (32) 2, Papers and Proceedings of the Thirty-Fifth Annual Meeting of the American Finance Association, Atlantic City, New Jersey, September 16-18, 1976 (May, 1977), pp. 261-275.

MIRRLEES, J.A. & STUART, A., and Institute for Fiscal Studies (Great Britain) (2011) *Tax by design : the Mirrlees review*, Oxford; New York, Oxford University Press.

MODIGLIANI, F. & MILLER, M. (1958) The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment. *The American Economic Review*, (XLVIII –june) 3, 261-297.

MODIGLIANI, F. & MILLER, M. (1963) Corporate income taxes and the cost of capital: a correction. *The American Economic Review*, (LIII- junio), 433-443.

MONTAÑO GALARZA, C. (2004) *Derecho Tributario Internacional. El Establecimiento Permanente*. Bogotá: Temis.

MONTAÑO GALARZA, C. (2006) *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.

MONTESINOS JULVE, V. (coord.) (2008) *Introducción a la Contabilidad Financiera. Un enfoque internacional*. Madrid: Ariel Economía.

MUÑOZ MARTINEZ, G. & ZORNOZA PÉREZ, J. (2010) El sistema normativo del Derecho tributario. RODRÍGUEZ, J. R. (Coord). *Derecho tributario. procedimiento y sanciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MUSGRAVE, P. & MUSGRAVE, R. (1981) *Hacienda Pública Teórica y Aplicada*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

## N

NEEMAN, Y. (1976) General Report Jerusalem. *Cahiers de Droit Fiscal International: The Definition of Capital Gains in Various Countries*, 61B, The Hague. pp. 15 y ss.

NETHERLANDS, Ministry of Finance (2010) *Continuity and Renewal, Report of the Study Group on Tax Reform*.

NEUMARK, F. (1974) *Principios de la Imposición*, Madrid: IEF.

NIJKEUTER, E. (2011) *Taxation of cross-border dividends paid to individuals from an EU perspective: positive and negative integration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

NOUEL, L. (2008) The Tax Treaty Treatment of REITs: The Alternative Provisions Included in the Commentaries on the 2008 OECD Model, 48, *European Taxation*, sec. 4, IBFD.

OBERMAIR, C. & WENIGER, P. (2005) Treaty Shopping and Domestic GAARs in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies. *Intertax*, no. 10. pp. 466–478.

OECD (2014) *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing.

OECD (2014b) *Public Discussion Draft. BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD.

OECD (2014c) *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010*. 15 de septiembre de 2014, de: [www.oecd.org](http://www.oecd.org). En este trabajo se ha utilizado como base la traducción al español: OCDE (2011) *Modelo de convenio tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio versión abreviada 22 julio 2010*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

OECD (2013) *Technical Changes to be Included in the Next Update to the OECD Model*

OECD (2012b) *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. París: OECD, march.

OECD (2012) *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12*. Obtenida el 9 de abril de 2013 de: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>.

OECD (2010b) *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París: OECD.

OECD (2010c) *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*. París: OECD.

OECD (2010d) *Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments*. París: OECD.

OECD (2007) *Tax Treaty Issues Related to REITS, Public Discussion Draft*, París: OECD.

OECD (2007b) *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*. February 2007 version. París: OECD. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/38061910.pdf>

OECD (1999) *Issues in International Taxation No. 6. The Application of the OECD Model Tax Convention to partnerships*. (adopted by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 20 January 1999). París: OECD.

OECD (1998a) *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, París: OECD.

OECD (1997) *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments: A Discussion Draft*, OCDE/GD(97)29, París: OECD.

OECD (1989) *Tax Treaty Override*. París: OECD.

OECD (1988) *Taxation of Net Wealth, Capital Transfers and Capital Gains of Individuals*, París OECD.

OECD (1987b) Committee of Fiscal Affairs. *International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies, Issues in International Taxation No. 1 – Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*. París: OECD.

OECD (1987a) Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation No. 2 –Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen*. París: OECD.

OECD (1986) Double Taxation and the Use of Conduit Companies. *International Tax Avoidance and Evasion – Issues in International Taxation Series* (núm. 1). París: OECD.

OECD – Los documentos históricos citados pueden ser consultados en la página web con el número de referencia que aparece en las notas al pie: <http://www.taxtreatieshistory.org/>  
ORLOVSKAYA (2012) “Switch-over rules on dividends and tax treaty law.”

P

PALAO TABOADA, C. (1994) La subcapitalización y los Convenios de Doble Imposición. *Revista de Contabilidad y Tributación* (137-138), 77-94.

PALAO TABOADA, C. (2009) *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal*. Madrid: Lex Nova. (Este trabajo reúne varios trabajos del autor de fechas anteriores)

PALOMBO, M. E. (2008) Italy. *International Transfer Pricing Journal*. IBFD (vol. 15, núm. 6). p. 318-320.

PATRICK, R. J. (1980) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Rules for Determining Income and Expenses as Domestic or Foreign*. Vol. 65B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) pp. 15-36

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (1992) La Llamada <<reversión de dividendos>>. *Revista General de Derecho*, (577-578), 10079-10109.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2004) La Infracapitalización. Una Aproximación Contractual. *Revista Derecho de Sociedades*, (núm. Extraordinario), 253-269.

PAZ-ARES, C. (2006) “La Sociedad Colectiva: Posición del Socio y Distribución de Resultados”. *Curso de Derecho Mercantil, tomo I*. Cizur Menor: Thomson.

PEÑAS MOYANO, B. (2008) *Las Clases de Acciones como Instrumentos Financieros en los Derechos de Sociedades Británico y Estadounidense*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

PEREIRA RIBEIRO, R. (2004) Dual Source of Situations And the Multiple Taxation of Dividends and Interest. *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* IV/1, 151-190

PEREIRA, C. (1989) “Ponencia General Rio de Janeiro. *Cahiers de Droit Fiscal International: The disregard of a legal entity for tax purposes*, 74<sup>a</sup>, /Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, pp. 95-118.

PEREZ R., F. (Dir) (2013) *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*. Séptima edición. Madrid: Tecnos.

PETERSON, S. & HORNER, F. (1996) “Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections.” IFA, *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Vol. 19b. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International. pp. 3-20.

PIJL, H. (2013) Capital Gains: The History of the Principle of Symmetry, the Internal Order of Article 13 and the Dynamic Interpretation of the Changes in the 2010 Commentary on “Forming Part” and “Effectively Connected”. *World Tax Journal*, (1), 3-98

PIJL, H. (2011) Interest from Hybrid Debts in Tax Treaties. *Bulletin for International Taxation*, (September), 482-502.

PIJL, H. (2000) The Definition of “Beneficial Owner” under Dutch Law. *Bulletin for International Taxation*, (June), 256-260.

PIJL, H. (1997) The Theory of the Interpretation of Tax Treaties, with Reference to Dutch Practice. *Bulletin – Tax Treaty Monitor* (12), 539-546

PISTONE, P. (2012) “General Report”. M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 1-36.

PITA GRANDAL, A. M. (2009) “Rendimientos Derivados de la Participación en Fondos Propios y Cesión a Terceros de Capitales Propios. Otros Rendimientos del Capital Mobiliario.” *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters. pp. 393-441

PLAMBECK, C., ROSENBLOOM, D. & RING, D. (1995) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Aspects of Derivative Financial Instruments*. vol. 80B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) pp. 653-690.

PLITZ, D. J. (1996) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: International: Aspects of Thin Capitalization*. vol. 81b. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) pp. 83-139.

POLITO, A.P. (2012) Constructive Dividends Doctrine from an Integrationist Perspective. Obtenida el 4 de abril de 2014, de: HeinOnline

PÖTGENS, F.P.G. & DE HEER, L. (2012). The International Public Law Effectiveness Principle and Qualification Conflicts from a Dutch Perspective. *Intertax*, (40) Issue 1. Kluwer Law International BV. pp. 54-62.

PRATS GARCÍA, A. (1996) *El Establecimiento Permanente. Análisis Jurídico Tributario Internacional de la Imposición Societaria*. Madrid: Tecnos.

PROKISCH, R. (1998) “Does It Make Sense if We Speak of an “International Tax Language”? VOGEL, K. (Ed.) *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, Kluwer International.

## Q

QUERALT, J., TEJERIZO J., CAYÓN, A. (2006) *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*. Navarra: Aranzadi.

## R

RAMOS HUERTAS, A. (2007) “Conflicts of Qualification an the Interpretation of Tax Treaty Law.” BURGSTALLER, E. & HASLINGER, K. (eds.) *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*. Viena: LINDE. pp. 21-38.

Real Academia Española (2001) *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición. Obtenida el xxxxxx de: [www.rae.es/rae.html](http://www.rae.es/rae.html)

REIMER, E. (1999) Interpretation of tax treaties in Germany. *European Taxation*, (12) 39, 458-471.

REYES VILLAMIZAR, F. (2009) *La Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Legis.

RICHELLE, I. & TRAVERSA E. (2012) “Belgium”. LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 142-170.

RIVES RIVES, A. (2014) *Los Impuestos de Salida*. Valencia: Tirant lo Blanch

RIVES RIVES, A. (2003) *Convenios para evitar la doble imposición internacional : interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.

ROCHA, S. A. (2009) *Interpretation of Double Taxation Conventions. General Theory and Brazilian Perspective*. The Hague: Kluwer Law International BV.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2005) Breve Reflexión sobre los Principios Constitucionales de Justicia Tributaria. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 13. Pp. 235-251.

ROGERS-GLABUSH, J. & IBFD (2009) *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD

ROHATGI, R. (Trad. IDROVO, J. M.) (2008). *Principios básicos de tributación internacional*, 1ª edición en español. Bogotá: Legis.

ROTONDARO, C. (2000) The Right to Redemption as a Key Characterization Factor in the OECD Model Convention Passive Income Taxation System – The Case of Reverse Convertibles  
The Right to Redemption as a Key Characterization Factor in the OECD Model Convention Passive Income Taxation System – The Case of Reverse Convertibles. *Derivatives & Financial Instruments* (september/october) 258–271.

RUIZ ALMENDRAL, V. (2006). *El Fraude de Ley Tributario a Examen*. Cizur Menor.: Aranzadi.

RUIZ GARCÍA, J. R. (2004) Artículo 10. La tributación de los dividendos. En: AA.VV. *Comentarios a los Convenios de Doble Imposición Españoles*. La Coruña-Madrid: FPBM Marcial Pons. pp. 575-615.

RUIZ GARCÍA, J. R. (2004) La deducción por dividendos en el sistema tributario español. Madrid: Cívitas, 1991.

RUIZ, V. & ZORNOZA, J. (2008) “La aplicación de las normas tributarias”. AA.VV. *Entre la ética, la política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. 1. Madrid: Dykinson SL-Universidad Carlos III de Madrid. pp. 1189 y 1246.

RUSSO, R. (Ed.) 2007, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam.

RUSSO, R. (2006) Report on the historical development of article 7 of the OECD model. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International 2006, The Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Vol. 91B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) pp. 89-108.

RUST, A. (2013) Capital Gains and Qualification Conflicts under Article 23 OECD Model.” *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD. Online books.

RUST, A. (2004) National Report Germany. LANG, M. et al (eds) *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*. The Hague: EUCOTAX – Kluwer Law *International*.

## S

SALOM, J. (2011) “The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law”. *Bulletin for International Taxation*, (July) 394-407.

SANDLER, D. (1998) *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation. Pushing the Boundaries*, Second Edition. London: Kluwer Law International.

SANZ GADEA, E. (2012) Restricción y limitación a la deducción de intereses en el impuesto sobre sociedades. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (355) 47-104.

SASSEVILLE, J. (1995) Article 10 of the OECD Model Tax Convention and the Different Approaches to Integration. *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration*. Rotterdam: IFA.

SASSEVILLE, J. (2005) *Tax Avoidance Involving Tax Treaties*, LANG, M. & JIROUSEK, H. (eds.). *Praxis des Internationalen Steuerrechts, Festschrift für Helmut Loukota zum 65*. Wien: Linde Verlag, 2005. pp. 461

SASSEVILLE, J. (2012) The Definition of “Dividends” in the OECD Model Tax Convention”. MAISTO, G. (ed.), *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD. pp. 69-86.

SCAPA, A. & HENNIE, L. (2005) Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention. *Intertax*, Kluwer Law International (vol. 6/7). pp. 266-284

SCHÖN, W. (2010) International Tax Coordination for a Second-Best World (Part. II). *World Tax Journal*, (February), 65-94.

SCHÖN, W. (2012) The Distinct Equity of the Debt-Equity Distinction. *Bulletin for International Taxation*, (September), 490-502.

SCHÖN, W. et al (2009) *Debt and Equity: What’s the difference? A Comparative View*. Max Planck Institute for Intellectual Property. Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09.

SCHOUERI, L.E. (2012) “Juros sobre Capital Próprio: Natureza Jurídica e Forma de Apuração diante da “Nova Contabilidade”.” *Controvérsias Jurídico-Contábeis*. 3º volumen. Sao Pablo. pp. 169-193.

SCONAMIGLIO, R., (2004) *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Traducción y notas de Leysser León, 1ª. Edición. Lima: Editorial Grijley

SENGUPTA, D. P. (2012) “India”. LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 549-597.  
Sentencia de la Corte Federal de apelación de Canadá de 18 de mayo de 1999, en el caso A-659-97 entre Specialty Manufacturing Limited vs. Her Majesty the Queen

SERRANO ANTON, F. (2012) “La interpretación y aplicación de los Convenios de Doble Imposición Internacional.” En: SERRANO ANTON, F. (Dir.) *Fiscalidad y globalización*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi p. 41-174.

SIMONS, H. (1970) El Impuesto Personal sobre la Renta. *Revista de Hacienda Pública Española*, (3), 195-219.

SIMONTACCHI, S. (2007) *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention. With special regard to immovable property*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

SIX, M. (2009) Hybrid Finance and Doble Taxation Treaties. En: *Bulletin for International Taxation*, (june), 22-25.

SKAAR, A. (1991) *Permanent Establishment. Erosion of Tax Treaty Principle*. 1º Edición. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publisher.



SOLORZANO, S. 2009. La OCDE y el Derecho Internacional Público: ¿enemigos?. *Revista de Derecho Fiscal*, No. 5, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 309-319

SØRENSEN, P. B. (2009) *Dual Income Taxes: A Nordic Tax System*. Working Paper Series, Economic Policy Research Unit (EPRU). Consultado el xxxxxx. University of Copenhagen. Department of Economics:

## T

TENORE, M. (2010) Taxation of Dividends: A Comparison of Selected Issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive. *Intertax* (38)4, Kluwer Law International. pp. 222-238.

TERRA, B.J.M., y WATTEL, P. (2012) *European Tax Law*. Sexta Edición. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

TEIXEIRA, R. (2009) The Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments. *Intertax* (37), 8/9. pp. 449-472.

TURONYI, V. (2003) *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague.

## U

UCKMAR, V. (2003) *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Tomo II. Bogotá: Temis.

UNITED NATIONS (1951) *International Tax Agreements Volume III: World Guide to International Tax Agreements 1843.1951*. United Nations Publications.

UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION (1962). *Legislative history of United States tax conventions*. Vol. 2. Model Tax Conventions, Washington: U.S. Government Printing Office.

UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION (1962b). *Legislative history of United States tax conventions*. Vol. 4. Model Tax Conventions, Washington: U.S. Government Printing Office.

UNITED STATES. CONGRESS. JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2011) *Present Law and Background Relating to Tax Treatment of Business Debt* (JCX-41-11), July 11. Disponible en: <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3802>

UNITED STATES. SENATE. PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008) *Dividend Tax Abuse: How Offshore Entities Dodge Taxes on U.S. Stock Dividends.*, September 11.

USS, M. (2012) “Poland.” LANG, M., PISTONE, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 820-854.

## V

VALDÉS COSTA, R. (1996) *Curso de Derecho Tributario*. Temis: Bogotá, Buenos Aires y Madrid.

VAN DE STREEK, J. (2013) Chapter 21: Netherlands. En: *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.

VAN DEN TEMPEL, A.J. (1967) *Relief from Double Taxation*. Amsterdam: IBFD.

VAN FRAEYENHOVEN (1987) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Problems of the Liquidation of Corporations*. Vol. 72B. Rotterdam: IBFD. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). pp. 37-56.

VAN RAAD K. (2002) “Five Fundamentals Rules in Applying Tax Treaties”, *Liber Amicorum Luc Hinnekens*. Brutlant, Bruselas. p. 587 y 597.

VAN RAAD, K. (2001). International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application. *Intertax* 29/6/7. pp. 217-230.

VAN RAAD, K. (1995) “In a World where Classical and Integration Systems Co-exist, Article 10 OECD Model should not Disregard the Underlying Corporation Income Tax.” IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Kluwer: IFA.

VAN RAAD, K.. (1988a) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Recognition of Foreign Enterprises as Taxable Entities*. Vol. 83A. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) pp. 19-76.

VAN RAAD, K.. (1988b) Dual Residence. *European Taxation* 28/8, 241-246.

VAN WEEGHEL, S. (2010) “General Report”. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*. Vol. 95A. Rotterdam: IBFD. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). pp. 89-108.

VAN WEEGHEL, S. & DE BOER, R. (2010) Anti-Abuse Measures and the Application of Tax Treaties in the Netherlands. *Bulletin for International Taxation*, (august/september), 358-364.

VAN WEEGHEL, S. (1998) *Improper Use of Tax Treaties*. London: Kluwer Law International.

VAN WEEGHEL, S. (2008) Chapter 5. Dividends (Article 10 OECD Model Convention). En: LANG, M., *Source Versus Residence: Problems Arising From The Allocation Of Taxing Rights In Tax Treaty Law And Possible Alternatives*, Alphen aan den Rijn Frederick: EUCOTAX - Kluwer Law International

VANN, R. (2003) “General Report.” AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation*. Vol. 88<sup>a</sup>. Rotterdam: IBFD [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). pp. 21-70

VANN, R. (2009) ““Liable to Tax” and Company Residence.” MAISTO, G. (Ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, pp. 199-270

VANN, R. (2011) “Writing Tax Treaty History”. *Legal Studies Research Paper*, (10/19) marzo.

VANN, R. (2013). “Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us.” LANG, M. et al (Eds.) *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam, The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).

VANOPPEN, S. (2012) “Belgium.” AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Debt-equity conundrum*. Vol. 97B. Rotterdam: IFA [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). pp. 89-108.

VARIYCHUK, E. (2012) “The Russian Federation.” LANG, M., PISTONE, M.,

SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) (2012) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. p. 915-943.

## V

VEGA BORREGO, F. A. (2004) Entidades extranjeras e impuestos sobre la renta: ¿quien es el contribuyente?. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, (259), 3-30.

VERMEULEN, H., (2011) “Suggested Treaty Benefits Approaches for Collective Investment Vehicles (CIVs) and Its Investors under the OECD MTC 2010 Update.”

VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A. (2010) Contabilización de las clases de acciones. *Técnica Contable*, (736), pp. 34-44.

VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A. (2011) *Acciones Rescatables y otros Híbridos Financieros Societarios. Algunos Aspectos Jurídicos (sustantivos, financieros y contables)*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe.

VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W. (2008) Conflictos de Calificación en los Convenios para Evitar la Doble Imposición. GARCÍA NOVOA, C. & HOYOS JIMÉNEZ, C. (Coords). *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons.

VILLARROIG MOYA, R. (1998) *La Tributación de las Opciones Financieras*. Pamplona: Aranzadi.

VOGEL, K. & PROKISCH, R. (1993) General Report. AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal: Interpretation of Double Taxation Conventions*, 78A., Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org).

VOGEL, K. (2006) The domestic law perspective. MAISTO, G. *Tax Treaties and Domestic Law*, Amsterdam: IBFD.

VOGEL, K. (1994) "Il Diritto Tributario Internazionale." AMATUCCI, A., *Trattato di Diritto Tributario*. Vol. I, Tomo II. Padova: CEDAM. pp.

VOGEL, K. (2002) Tax Treaty News. *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Amsterdam, (56/1) pp. 2-3.

VOGEL, K. (2000) The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation. *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, (12), pp. 612 y 616.

VOGEL, K. (1997) *On Double Taxations Conventions*. Tercera Edición. Denveter: Kluwer Law International.

VOGEL, K. (1995) "Introductory notes." IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Kluwer.

VON SCHANZ, G. (1970) El Concepto de Renta y las Leyes Reguladoras del Impuesto sobre la Renta. *Revista de Hacienda Pública Española*, (3), 155-195.

## W

WATTEL, P. & MARRES, O. (2003) Characterization of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties. *European Taxation*, (43)3, pp. 66-79.

WEINER, N. & FERRÉ, J. (2009) La Reforma Societaria y Concursal en Alemania: (Especial Referencia a la Modificación del Régimen de los Préstamos de los Socios) *Anuario de Derecho Concursal*, (16), 223-244

WHEELER, J. (2012) *The Missing Keystone of Income Tax Treaties*, Amsterdam: IBFD. Esta trabajo también publicado en WHEELER, J. (2011), “The Missing Keystone of Income Tax Treaties”. *World Tax Journal*, (June), 247-367.

WHEELER, J. (2007) “General Report.” AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal: Conflicts in the Attribution of Income to a Person*, Vol. 92B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en tax research platform: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) pp. 17-58.

WHEELER, J. (2005) “The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes”, *Bulletin*, IBFD, (58)11, 477-488.

WIJNEN, W. F.G. & MAGENTA, M. (1997) The UN Model in Practice. *Bulletin International Bureau of Fiscal Documentation*. December. pp. 574-585

WIMAN, B. (2005) “Extended Swedish participation exemption.” IBFD. *A Tax Globalist. The Search for the Borders of International Taxation*. Amsterdam: IBFD. pp. 356-364.

WITTENDORFF, J. *Transfer Pricing and the Arm’s Length Principle in International Tax Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

WITTENDORFF, J. (2009) The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, March, pp. 107- 130

## X

XAVIER, A. (2005) *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

XAVIER, A. (1997) Naturaleza jurídico-tributária dos “juros sobre o capital próprio” face à lei interna e dos tratados internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*. (21), pp. 7-11.

## Z

ZABURAITÉ, M. (2012) Debt and Equity in International Company Taxation.” MASSONER, C., STORK, A., STÜRZLINGER, B., *International Group Financing and Taxes*, Linde, Viena, 13-32.

ZIMMER, F. (2005) Domestic Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties – Comment on Brian Arnold’s Article. Domestic Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties – Comment on Brian Arnold’s Article. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (enero), 25-26.

ZORNOZA PÉREZ, J. (2014) El Gravamen de las Rentas del Capital y las Libertades Comunitarias. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*. (161), 33-74.

ZORNOZA, J. (2013) Changing Residence as Tax Planning. *Working Paper 2*, PricewaterhouseCoopers Chair on International Corporate Taxation Working Papers.

Obtenida el 30 de noviembre de 2014, de: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18175/changing\\_zornoza\\_PWC\\_2013.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18175/changing_zornoza_PWC_2013.pdf?sequence=1)

ZORNOZA PÉREZ, J. (2010) La simulación en Derecho Tributario. ARRIETA J., COLLADO, M. & ZORNOZA, J. (Dir.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, Tomo. I, Cizur Menor: Aranzadi. pp. 553-581.

ZORNOZA PÉREZ, J. (2010b) *La problemática expansión del “Soft law”: un análisis desde el Derecho Tributario*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Material Lección Inaugural apertura del Curso Académico 2010-2011, Documento inédito.

ZORNOZA, J. y BÁEZ, A. (2013) “Spain.” AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The taxation of foreign passive income for groups of companies*. Vol. 98A. pp. 683-702.

ZORNOZA, J. & BÁEZ, A. (2010) The 2003 revisions to the commentary to the OECD model on tax treaties and GAARs: a mistaken starting point: *Cuadernos De Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1. Obtenida el 3 de marzo de 2011, de: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/984> También publicado en: *Tax treaties: building bridges between law and economics*. Amsterdam: IBFD, 2010, pp. 129-158

ZORNOZA, J. & MUÑOZ, G. (2010) “La aplicación de las normas fiscales.” PIZA RODRÍGUEZ, J. R. (Coord.) *Derecho tributario. Procedimiento y sanciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 274-ss.

ZUK, M. (2013) “The Beneficial Ownership Concept in Tax Treaties.” SIMADER, K. (Hrsg.) / TITZ, E., (Hrsg.) *Limits to Tax Planning*. Viena: Linde. pp. 307-333.