

El Treaty Shopping como fenómeno de elusión fiscal internacional en los convenios de doble imposición suscritos por Colombia

ANDRÉS PACHÓN LUNA*

El creciente desarrollo económico de los Estados, así como la necesidad de eliminar las barreras que frenen o dificulten el libre intercambio de bienes, servicios, personas y capitales (libre comercio), en un mercado globalizado, han llevado a los Estados a celebrar múltiples tratados internacionales con el objetivo de facilitar el comercio internacional, así como para lograr un mayor grado de desarrollo económico. Entre estos instrumentos tenemos los Tratados de Libre Comercio (TLC), los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los acuerdos generales sobre aranceles (GATT), y en materia tributaria, los Convenios para evitar la Doble Imposición y prevenir la evasión fiscal (CDI).

Desde la perspectiva del derecho tributario, se debe señalar que los Convenios para evitar la Doble Imposición (en adelante CDI) y prevenir la evasión fiscal tienen como propósito lógico evitar o eliminar la doble imposición internacional, así como prevenir la evasión fiscal internacional, ahora, ¿Cómo ayudan estos instrumentos a facilitar el comercio internacional? La respuesta es lógica si se piensa en todas las empresas multinacionales que organizan su estructura

productiva en diversos Estados, y por lo tanto, se hayan sujetas a imposición en diversas Jurisdicciones Fiscales, de modo que en un punto dado, diversos flujos de renta o múltiples operaciones que pueden estar sujetas a imposición en dos o más Estados, lo que jurídicamente se conoce como el conflicto entre criterios de sujeción al poder tributario¹ como fuente de la doble imposición internacional. Como consecuencia de esta doble tributación, la carga tributaria global que deben soportar dichas empresas puede llegar a ser financieramente insostenible para las mismas, dificultando de este modo la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales implícitos en tráfico del comercio internacional. Frente al anterior problema, los CDI surgen como un tratado de derecho internacional público, mediante el cual dos Estados establecen múltiples reglas y métodos para evitar o prevenir dicha doble imposición, facilitando de este modo que el comercio internacional no sea frenado o limitado por esta causa.

Sin embargo, los Convenios para evitar la Doble Imposición tienen otra importante finalidad: prevenir la evasión y la elusión fiscal

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia y miembro del Centro de Estudios Fiscales. Actualmente trabaja en la división de impuestos de KPMG.

1 Calderón Carrero J.M. *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995.

internacional. Frente a este objetivo, dentro del cuerpo normativo del CDI se consagran múltiples cláusulas tendientes al logro del mencionado propósito, dentro de las cuales tenemos las denominadas cláusulas antiabuso², dentro de las cuales encontramos disposiciones que pretenden luchar contra la práctica denominada *treaty shopping*, como específica forma de elusión fiscal internacional. Frente al contenido generalmente se establece en los CDI, las medidas *anti-treaty shopping* surgen como formas de evitar que residentes de terceros Estados, mediante estructuras de planificación fiscal artificiosas, accedan al ámbito de aplicación de un CDI que en principio no les sería aplicable, pues no son residentes de ninguno de los Estados contratantes.

De manera que el tema central de esta obra consiste en comprender y analizar la práctica denominada *treaty shopping*, como específica forma de elusión fiscal internacional, que es considerada como ilegítima por los Estados al momento de suscribir un CDI; del mismo modo se pretende comprender y analizar las medidas tomadas por los CDI en contra de dicha práctica (medidas *anti-treaty shopping*).

Es importante resaltar la importancia práctica de nuestro tema de estudio, en momentos en que el Gobierno colombiano emprende una “carrera” en la negociación y suscripción de CDIs con diversos Estados. Es de vital importancia que nuestros negociadores sean concientes de la realidad que presenta la fiscalidad internacional en materia de *treaty shopping*, para que dentro de los respectivos

tratados se tomen las medidas pertinentes para luchar contra dicha forma de elusión fiscal internacional, y así lograr que el Estado colombiano, como Estado receptor de inversiones, no pierda cuantiosos ingresos tributarios, como consecuencia del acceso por parte de residentes de terceros Estados a los beneficios fiscales que contemplan los CDI (*treaty shopping*).

I. La planificación fiscal internacional en el contexto de los CDI

Antes de abordar el estudio de cómo los Convenios de Doble Imposición abordan el problema del *treaty shopping*, es necesario establecer y analizar el concepto de planificación fiscal internacional dentro del contexto de los Convenios para evitar la Doble Imposición. La planificación fiscal internacional es entendida como: El complejo de iniciativas de organización realizadas por las empresas en el plano operativo, con el objetivo de optimizar, para las mismas empresas, el costo fiscal que deben afrontar, considerando para ello las características y diferencias de los ordenamientos tributarios particulares en los que operan, con el propósito de utilizar las posibilidades lícitas que ofrecen esas diferencias e interconexiones existentes entre los ordenamientos³. La anterior definición entiende que para optimizar el costo fiscal es necesario tener en cuenta fenómenos de doble imposición internacional, y las posibles alternativas para evitar o atenuar dicha doble imposición.

² Maroto Sáenz Amelia, Las medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional, Ponencia, Seminario sobre convenios para evitar la doble imposición internacional, Chile, octubre de 2005.

³ *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Víctor Uckmar, Coordinador. Capítulo 4. La Planificación Fiscal Internacional, por Pietro Adonnino, p. 51.

En este punto, los CDI contribuyen de manera especial a una mejor planificación fiscal internacional, ya que éstos (en especial el modelo de la OCDE) sirven para reducir o eliminar la imposición en el Estado de la fuente⁴. Y es que debido a las características de tributación en el Estado de la fuente (retenciones en la fuente a tarifas elevadas, sin deducción de costo o gasto alguno), muchas veces su reducción puede resultar imprescindible para garantizar la viabilidad (rentabilidad) de algunas operaciones⁵, objetivo que se puede lograr mediante la aplicación de un convenio.

Pues bien, siguiendo el criterio expuesto por L. BRIONES, en toda inversión internacional pueden distinguirse tres escalones de gravamen⁶, así mismo, en toda planificación fiscal internacional pueden distinguirse tres etapas: En el primer escalón tenemos el impuesto del lugar donde se realiza la inversión, o impuesto en destino. Al momento de realizar la planificación fiscal, esta variable tiene especial importancia cuando el “instrumento” o “vehículo” de inversión tiene la calidad de residente a efectos fiscales⁷. Una segunda etapa de la planificación fiscal internacional tiene que ver con la reducción de la tributación en la transferencia de rentas

o beneficios hacia otro Estado, o en la terminología de BRIONES, la reducción del “impuesto en el camino”. En este punto, la mayoría de los Estados adoptan el criterio de la fuente para gravar todas las rentas (pago de dividendos, intereses y cánones, por ejemplo) obtenidas por no residentes en su territorio. Por lo tanto, es en esta etapa de la planificación en la cual se pueden realizar diversas estructuras o estrategias utilizando los CDI para reducir o eliminar la tributación de las rentas en el Estado de la fuente. Por último, el tercer paso de la planificación fiscal internacional es la reducción de la tributación en el Estado de la residencia del sujeto que realiza la inversión internacional (impuesto en residencia según BRIONES). En conclusión a todo lo anterior, una adecuada planificación fiscal internacional busca reducir el impuesto en destino, en camino, y en residencia⁸. Para lograr dicho objetivo, la planificación elegida debe ser respetuosa de las normas antielusivas existentes en los diferentes Estados, en este mismo entendido, la planificación elegida no debe ser artificiosa, pues allí reside su debilidad⁹, es allí donde puede ser atacada dicha estrategia por las legislaciones antielusión de los diferentes Estados.

4 Vega Borrego Félix Alberto. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 41.

5 Saunders R. How Much Longer will Treaty Shopping Be Allowed? TPIR. Number 1, 1995, p. 21. Al respecto este autor cita el ejemplo de una sociedad residente en el Reino Unido, que ganó un concurso para ejecutar diversos proyectos en Malasia, pero como consecuencia del gravamen en el Estado de la fuente (Malasia), la rentabilidad desaparecería completamente. Por esta razón los proyectos fueron ejecutados a través de una filial creada en Alemania, ya que al existir convenio entre este Estado y Malasia, el gravamen era muy inferior y la operación resultaba rentable.

6 Briones Fernández L. Las consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de inversiones españoles en extranjero. PSF. n. 41. 1993, pp. 34 a 35.

7 Esto sucede cuando la inversión se realiza a través de una filial o un establecimiento permanente.

8 La terminología “impuesto en destino, en camino y en residencia” es usada por el autor Briones Fernández L.

II. Las estrategias *treaty shopping*

En el contexto de los CDI, es muy probable que los contribuyentes de terceros Estados puedan hacer un uso abusivo de las disposiciones de un convenio, que en condiciones normales, no les sería aplicable. Este objetivo se logra mediante diversas estrategias o construcciones jurídicas artificiales diseñadas para tener acceso a las desgravaciones impositivas que establecen los CDI¹⁰. Este fenómeno, conocido como *treaty shopping*¹¹, se puede definir como la práctica de organizar negocios y formas jurídicas por parte de un contribuyente para permitir que éste aproveche los beneficios de un determinado CDI, que de otra forma no estarían a su disposición, porque dicho contribuyente no es residente de ninguno de los Estados parte del CDI¹².

La anterior situación se puede explicar con más detalle desde la siguiente perspectiva: una persona (natural o jurídica) residente en un Estado (X), obtiene rentas en un estado (Y) (fuente). Este último Estado grava fuertemente las rentas obtenidas por no residentes en su territorio, a menos que medie un Convenio de Doble Imposición. No obstante lo ya dicho, en el ejemplo propuesto, no existe CDI aplicable entre los Estados (X) y (Y). Debido a la anterior situación, el contribuyente residente en el Estado (X) puede desarrollar una estrategia *treaty shopping* para beneficiarse de las condiciones ventajosas que establezcan los CDI firmados por

terceros Estados con el Estado (Y) (fuente). Así, la mayoría de las veces esto puede lograrse mediante la creación de una sociedad en el Estado que tenga un CDI favorable con el Estado fuente de las rentas (Estado Y). A esta sociedad se le da el nombre de sociedad intermedia, conductora, o instrumental¹³.

III. El *treaty shopping* y la planificación fiscal internacional

Continuando con el tema de las estrategias *treaty shopping*, consideramos necesario aclarar que la sola interposición de una sociedad instrumental no consigue el objetivo de toda planificación fiscal internacional: reducir la carga tributaria global para el grupo económico o grupo de empresas, ya que si se examina de cerca la estrategia *treaty shopping* ya descrita. Se puede deducir fácilmente que la sociedad instrumental no está llamada a conservar las rentas que obtiene del estado de la fuente, sino que dichas rentas están llamadas a ser transferidas al estado de la residencia del sujeto (o sujetos) que constituyeron la sociedad instrumental, en otras palabras, los beneficios (utilidades) se transfieren al verdadero titular de las rentas. Es decir que para reducir la carga tributaria global de un grupo económico o grupo de empresas, mediante una estrategia *treaty shopping*, es necesario reducir la tributación en el Estado de residencia de la sociedad instrumental, de manera que dicha sociedad esté sujeta a una carga tributaria nula, o al

10 Párrafo 8 de los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio elaborado por la OCDE.

11 Como sinónimos de la expresión "*treaty shopping*" en español tenemos "compra de tratados" o "abuso del convenio".

12 La planificación fiscal y el desconocimiento de las formas jurídicas en el contexto de los convenios bilaterales para evitar la doble tributación. Alberto Benshimol Bello, p. 98. Revista de derecho financiero.

13 Este tipo de sociedades también reciben el nombre de "*conduit companies*".

menos muy baja, por las actividades y rentas que produzca en el Estado donde fue constituida. Del mismo modo, retomando lo ya examinado sobre las etapas de toda planificación fiscal internacional, se hace necesario reducir la tributación por la transferencia de los beneficios (utilidades) de la sociedad instrumental al extranjero.

Teniendo claro lo anterior, se distinguen dos estrategias *treaty shopping* generales: en la primera de estas estrategias (*direct conduit*), los rendimientos o rentas obtenidos por la sociedad instrumental no se sujetan a tributación en el Estado de su residencia, bien porque dicha sociedad no es sujeto del impuesto sobre la renta en el respectivo Estado, o si bien lo es, dichas rentas están exentas¹⁴. Esta situación puede deberse a que la sociedad goza de un régimen fiscal privilegiado en el respectivo Estado¹⁵. En cuanto al segundo paso de esta estrategia, la transferencia de las rentas obtenidas por la sociedad instrumental hacia un tercer Estado, esto se puede lograr mediante la aplicación de las normas internas del Estado donde se sitúa la sociedad instrumental, o mediante la aplicación de un convenio de doble imposición¹⁶.

La segunda estrategia general (*stepping stone conduits*)¹⁷ para reducir la tributación

sobre las rentas en el Estado de residencia de la sociedad instrumental en el contexto del *treaty shopping*, sucede cuando dichas rentas no están exentas de gravamen en dicho Estado. Para evitar que estas rentas se sujeten efectivamente a tributación, los ingresos que perciba la sociedad instrumental deberán compensarse con los gastos facturados por entidades residentes en terceros Estados. Como consecuencia de estos gastos, la base gravable de la sociedad instrumental se erosiona, provocando que las rentas obtenidas en el Estado de la fuente no tributen efectivamente en el Estado de residencia de la sociedad instrumental.

En este punto hay que analizar otros factores al momento de constituir la sociedad instrumental: la existencia de normas que restrinjan la deducibilidad de los gastos en que incurra la sociedad instrumental crearía dificultades para que la estrategia funcione; así mismo, la existencia de normas rígidas sobre subcapitalización y precios de transferencia en el Estado de residencia de la sociedad instrumental impedirían que los gastos que facturen entidades residentes de terceros Estados puedan ser deducibles de la base gravable de la sociedad instrumental¹⁸.

14 Vega Borrego Félix Alberto. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 60.

15 Fernández Pérez, J.R. Medidas y disposiciones contra la elusión fiscal internacional a través de sociedades base y de sociedades instrumentales. Cuadernos de formación de la inspección de tributos, n. 14, 1991, p. 7.

16 En este punto una sociedad instrumental debe constituirse en un Estado donde exista una buena red de convenios, esto facilitará no solo la obtención de rentas en el Estado de la fuente, sino también la transferencia de rentas desde el Estado de residencia de la sociedad instrumental hacia un tercer Estado.

17 La terminología "*stepping stone*" traduce en español "piedra de paso".

18 Vega Borrero Félix Alberto. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 62.

IV. Intermediación en el uso de intangibles

Una vez examinados los pasos que deben seguir las estrategias *treaty shopping*, es momento de profundizar en los instrumentos jurídicos con los cuales se articulan dichas estrategias mediante la interposición de sociedades. En primer lugar tenemos la intermediación en la cesión de uso de intangibles, en este supuesto la estrategia se articula para canalizar todas las rentas que reciban el calificativo de cánones en el ámbito de aplicación de un CDI. El canon es la contraprestación recibida por la cesión a un tercero de un intangible (propiedad industrial o intelectual, *know-how*, etc.). En este caso la estructura toma la siguiente forma: una sociedad (T), residente en un Estado (T), desarrolla una patente de invención, cuyos derechos de explotación quiere ceder a sociedades residentes en terceros Estados. Si se ceden directamente los derechos de explotación a la sociedad (F), residente en el Estado (F) (fuente), este último gravará los pagos que (F) realice a (T), mediante retenciones en la fuente¹⁹.

En esta estrategia, la sociedad (T) puede ceder la patente a una sociedad constituida en un Estado de baja tributación (sociedad base); después la sociedad base otorgaría una licencia de explotación a una sociedad constituida y residente en otro Estado (sociedad

instrumental) por 98 millones de dólares, por último, la sociedad instrumental otorgaría una sublicencia a la sociedad (F) (fuente) para explotar la patente por 100 millones de dólares. De lo ya analizado respecto al fenómeno del *treaty shopping*, se infiere que la sociedad instrumental, en este caso, debe estar constituida en un Estado que tenga un CDI con el Estado (F), y que este convenio debe otorgar el gravamen exclusivo sobre los cánones al Estado de residencia del sujeto que recibe el pago por la explotación del intangible²⁰.

Esta es una estrategia del tipo *stepping stone*. Los pagos realizados por la sociedad (F) a la sociedad instrumental no se gravan en el Estado (F), por la aplicación del convenio. La sociedad instrumental tributa en el Estado de su residencia solo por dos millones de dólares, que es el resultado de compensar el ingreso percibido en (F) (100) con el gasto facturado, en este caso, el pago de un canon a la sociedad base (98). En este caso se erosionó la base imponible de la sociedad instrumental mediante esta compensación, por lo que ésta no tributará por los 98 millones de dólares restantes. Por otra parte, la sociedad base, al residir en un Estado de baja tributación, no tributará, o lo hará mínimamente, por los 98 millones de dólares percibidos. Estas rentas solo tributarán cuando la sociedad base las reparta en forma de dividendos hacia la sociedad (T)²¹.

19 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 62.

20 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 63.

21 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 63.

Entre los Estados que permiten realizar con mayor facilidad esta operación, la doctrina menciona a los Países Bajos²². En efecto, se presentan en este caso multitud de situaciones favorables para este tipo de operación: existe una amplia red de convenios que atribuyen el gravamen exclusivo sobre los cánones al Estado de residencia, o al menos, permiten un gravamen muy reducido al Estado de la fuente. En segundo lugar, la legislación interna no grava los cánones generados en territorio holandés y pagados a personas no residentes. Por último, la deducibilidad de los cánones de la base gravable de la sociedad instrumental se puede asegurar a través de un sistema de consultas tributarias vinculantes.

V. Intermediación financiera dentro del grupo económico

Un segundo tipo de estrategia *treaty shopping* mediante la interposición societaria sucede cuando existe intermediación financiera dentro de un grupo empresarial. De lo que se trata es de minimizar el costo fiscal de la concesión de préstamos dentro de los miembros de un grupo empresarial, esto mediante la interposición de una sociedad instrumental entre los prestatarios y prestamistas del grupo (cuando dichas operaciones se desarrollen en el ámbito transnacional); pues, de otro modo, la concesión directa de dichos préstamos entre los miembros del grupo empresarial implicaría unos costes

fiscales importantes, representados principalmente en el gravamen ejercido sobre los intereses que se paguen por el prestatario en el Estado de la fuente.

La estrategia *treaty shopping* a realizar en este caso es similar al supuesto anteriormente examinado (*stepping stone conduits*): se crea una sociedad base en un territorio de baja tributación, esta sociedad otorga un préstamo a la sociedad instrumental, que a su vez otorga un préstamo a una sociedad residente en el estado (F) (fuente), que es la sociedad a la que realmente se quiere otorgar el préstamo. Como sucede en el caso de los cánones, aquí debe existir un CDI vigente entre el Estado de residencia de la sociedad instrumental (prestamista) y el Estado (F) (prestatario-fuente). Este convenio debe atribuir el derecho de gravamen exclusivo sobre los intereses al Estado de residencia de la sociedad instrumental (prestamista), de manera que se elimine la tributación sobre los intereses en el Estado de la fuente (prestatario). Para reducir la tributación de la sociedad instrumental, al igual que en el caso anterior (cánones), los intereses percibidos por dicha sociedad se deben compensar con los intereses que ésta debe pagar a la sociedad situada en un territorio de baja tributación (sociedad base), para que dicha compensación sea aceptada por la administración de impuestos del Estado de residencia de la sociedad instrumental, se deben pactar los intereses de tal manera que quede cierto margen de tributación para dicho Estado²³.

22 Normalmente esta operación se estructura con una sociedad base constituida en las antillas holandesas, territorio de baja tributación, la sociedad instrumental se constituye en los países bajos, para acceder a la red de convenios de este Estado. A este tipo de operación se le denomina el sándwich holandés. *International Tax Glossary*, Ámsterdam. IBFD, tercera edición, 1996, p. 102.

23 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 65.

Las normas tributarias que se tienen en cuenta para realizar esta operación son las referentes a la deducibilidad de los intereses en el Estado de residencia de la sociedad instrumental, las cuales no deben plantear muchas restricciones o dificultades al momento de realizar la deducción de los mismos. Por otra parte, se debe prestar especial atención a las normas sobre precios de transferencia y subcapitalización que puedan resultar aplicables.

VI. Utilización de sociedades *holding*

Un tercer tipo de estrategia *treaty shopping* se configura mediante la utilización de sociedades *holding* intermedias o instrumentales, en este supuesto, lo que se pretende es reducir la tributación de los dividendos y ganancias de capital como consecuencia de participaciones en el capital de sociedades residentes en diversos Estados. Como en toda estrategia *treaty shopping*, el objetivo consiste en reducir la tributación en el Estado de la fuente, y en el Estado de residencia de la sociedad tenedora de las participaciones²⁴. En esta estrategia son varios los aspectos a tener en cuenta: en primer lugar, un gran número de Estados han introducido regímenes tributarios favorables para el establecimiento de sociedades *holding*, mediante los cuales se pretende luchar contra la doble imposición jurídica y económica²⁵, estos regímenes básicamente consisten en la exención de los

dividendos distribuidos o la ganancia de capital (de fuente extranjera) que se produce por la transmisión de la participación²⁶.

Pues bien, la estructura *treaty shopping* con el uso de sociedades *holding* intermedias es similar a las anteriormente examinadas: la sociedad (X) tiene participaciones sociales en la sociedad (F) (fuente), dichas participaciones sociales son manejadas por una sociedad *holding* situada en un Estado (R), el cual tiene un CDI vigente con el Estado (F) (fuente). Así, cuando la sociedad (F) reparta dividendos hacia la *holding*, los mismos no tributarán en la fuente por aplicación del convenio (o tributarán en menor medida que si no existiera convenio). En segundo lugar, la sociedad *holding* no tributará sobre dichas rentas, pues son de fuente extranjera. En tercer lugar, hay que reducir la tributación en la transferencia de los dividendos que realice la sociedad *holding* hacia el Estado (X), esto se puede lograr por aplicación de un segundo convenio (entre el estado (X) y el Estado (R), o por aplicación de la normatividad interna del Estado (R), que eventualmente exonere de tributación las distribuciones de dividendos que realice la sociedad *holding*²⁷.

VII. Uso de centros de coordinación, financiación y distribución

El último tipo de estrategia *treaty shopping* a la que haremos referencia se presenta con

24 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 67.

25 Almundi, José Manuel, Cid, Planificación fiscal internacional a través de sociedades *holding*, p. 7. Documento # 24-06. Instituto de Estudios Fiscales.

26 José Manuel Almundi Cid, Planificación fiscal internacional a través de sociedades *holding*, p. 8. Documento # 24-06. Instituto de Estudios Fiscales.

27 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 68.

el establecimiento de centros de coordinación, financiación y distribución. Estas entidades se utilizan para centralizar ciertas actividades y servicios de un grupo empresarial (financiación, investigación y desarrollo, etc.)²⁸. En este caso, la existencia de una buena red de convenios en el Estado de residencia del centro de coordinación juega un papel importante en la reducción de la carga tributaria global para el grupo empresarial, dado que el centro de coordinación obtiene sus ingresos por la facturación efectuada contra otros miembros del grupo económico situados en terceros Estados. En este punto, para reducir la tributación en la fuente sobre dichos pagos, resulta conveniente establecer el centro de coordinación en un Estado con una amplia red de convenios que atribuyan el derecho de gravamen exclusivo sobre dichas rentas (que fluyen hacia el centro de coordinación) al Estado de la residencia, o al menos, que permitan un margen mínimo de tributación al Estado de la fuente. En este punto es donde se presenta cierto grado de *treaty shopping*, pues la existencia de una amplia red de CDI que reduzcan la tributación en la fuente es un factor importante para elegir al Estado donde se establecerá el centro de coordinación. Además de lo ya explicado, es necesario mencionar que para que esta estructura funcione, es necesario que las rentas obtenidas por el centro de coordinación se encuentren exentas o suje-

tas a una tributación baja en el Estado de su residencia²⁹.

VIII. Ilegitimidad de las estrategias *treaty shopping*

Después de analizar las principales estrategias *treaty shopping*, es necesario examinar la ilegitimidad de las mismas en el contexto internacional. En primer lugar, es pertinente aclarar que la razón por la cual las estructuras *treaty shopping* son tan comunes, o de tan fácil realización en el ámbito internacional, es porque el acceso al ámbito de aplicación del convenio es relativamente sencillo³⁰. En efecto, la mayoría legislaciones mercantiles y tributarias facilitan que con el solo hecho de constituir una sociedad bajo las leyes de un determinado Estado sea suficiente para que dicha sociedad sea residente a efectos fiscales, y por lo tanto califique para la eventual aplicación de un CDI.

En segundo lugar, las estructuras *treaty shopping* al eliminar o disminuir la tributación en el Estado de la fuente, suponen un perjuicio para dicho Estado³¹. En efecto, el Estado de la fuente, por aplicación del convenio, verá reducida (techo de imposición) o eliminada la tributación sobre determinados flujos de renta que se generan en su territorio, por lo que se producirá un perjuicio económico para dicho Estado. Es precisamente aquí cuando las estructuras *treaty shopping*

28 Barnadas, F. *Tributación de no residentes y fiscalidad internacional*, Barcelona, Gestión 2000, 1997, p. 324 y 325.

29 Félix Alberto Vega Borrego. *Las medidas contra el treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 69.

30 Félix Alberto Vega Borrego. *Las medidas contra el treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 71.

31 Terr, L. *Treaty Routing vs Treaty Shopping: Planning for Multicountry Investment Flows under Modern Limitations of Benefits Articles*. Interfax, num. 12, 1989, p. 523.

pueden afectar sensiblemente el principio de reciprocidad y los presupuestos con los cuales los Estados negocian y suscriben un determinado CDI³². Un ejemplo de esta situación puede darse cuando producto de un CDI entre el Estado (A) y el Estado (B) (fuente), los cánones no tributan en el Estado de la fuente; es posible que inversores residentes de terceros Estados que obtienen cánones en el Estado (B), busquen obtener dichos cánones desde el Estado (A), mediante una estrategia *treaty shopping*, para beneficiarse de la exención en la fuente. Si este tipo de estrategias se generaliza, el volumen de cánones provenientes del Estado (B) hacia el Estado (A) aumentará significativamente. Como se ve, las condiciones económicas que llevaron a pactar la exención en la fuente sobre los cánones han cambiado, y es probable que el Estado (B) quiera renegociar el convenio para modificar dicha exención, porque el sacrificio recaudatorio se ha incrementado más allá de lo previsto para dicho Estado³³.

También es necesario examinar en qué medida las estrategias *treaty shopping* son ilegítimas o suponen un perjuicio para el Estado de la residencia en un determinado CDI. Cuando se realizan estructuras *treaty shopping* la tributación del Estado de residencia se afecta en la siguiente medida: en primer lugar, como se examinó al analizar la estrategia *stepping stone conduit*, la sociedad instrumental erosiona su base gravable con el propósito de

transferir las rentas obtenidas en el Estado de la fuente hacia un tercer Estado, dejando sólo un pequeño margen de tributación para el Estado de residencia de la misma.

Por último, es necesario señalar que la generalización de las estructuras *treaty shopping* estimulan la evasión fiscal internacional. En esta línea de pensamiento, la generalización de estrategias *treaty shopping* lleva a la total eliminación de la tributación sobre las rentas transnacionales. Cuando se utilizan de sociedades instrumentales, junto con sociedades base, se revela la eliminación de la tributación tanto en el Estado de la fuente como en el Estado de residencia de la sociedad instrumental; así mismo, se elimina la tributación en el Estado de residencia del sujeto que organiza la estructura, dando como resultado un fenómeno evasivo inadmisibles, pues las rentas que se canalizan a través de este tipo de estructuras no tributarán en ningún Estado³⁴. Por las anteriores razones se justifica la adopción de medidas *anti-treaty shopping* en el contexto internacional, las cuales se examinan a continuación.

IX. Medidas *anti-treaty shopping* sugeridas por el comité de asuntos fiscales de la ocde

9.1. Enfoque del levantamiento del velo

Pues bien, el primer enfoque sugerido por la OCDE para enfrentar el problema del

32 Párrafo 28 del informe de la ONU: "Contributions to International Co-operation in Tax Matters" Nueva York, 1988.

33 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 88.

34 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 91.

treaty shopping mediante el uso de sociedades intermedias o instrumentales recibe el nombre de “*look through approach*”³⁵. Según este enfoque se aconseja a los Estados incluir una cláusula en los CDI que disponga que los beneficios de dicho convenio no se aplicarán en relación a sujetos, personas o compañías que sean controlados, directa o indirectamente, por sujetos que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes³⁶.

Entre los Estados que han adoptado medidas contra el *treaty shopping* mediante un enfoque de tipo “*look through*”, encontramos a Suiza. En efecto, en el año de 1962 dicho Estado sancionó un decreto mediante el cual se adoptaron medidas unilaterales para luchar contra el mencionado fenómeno. Según dichas normas, se puede declarar la inaplicabilidad del convenio respecto de sociedades en poder o bajo el control de accionistas no residentes en ninguno de los Estados parte del respectivo CDI³⁷. Estas medidas unilaterales fueron incorporadas posteriormente a los CDI suscritos entre Suiza y Alemania, Italia, Francia Bélgica e Inglaterra³⁸.

9.2. enfoque de sujeción al impuesto

El segundo enfoque sugerido por la OCDE para luchar contra las prácticas *treaty shopping* recibe el nombre de *subject to tax approach*³⁹.

Según este enfoque se deben conceder los beneficios del CDI solo a sociedades cuya renta derivada de uno de los Estados contratantes (fuente) esté realmente sujeta a tributación en el otro Estado (residencia), según las normas ordinarias de su legislación fiscal⁴⁰. Esto quiere decir que cualquier exención sobre determinados flujos de rentas que se generen en el Estado de la fuente dependerá de que dichos flujos de renta se graven en el Estado de residencia del contribuyente.

Una desventaja de este tipo de medida, es que las disposiciones del tipo de sujeción al impuesto son ineficaces en el caso de estrategias *treaty shopping* del tipo piedra de paso (*stepping stone*)⁴¹, ya que en este tipo de estrategias lo que se examina son los límites a la deducibilidad de costos y gastos en que puede incurrir la sociedad instrumental en el Estado de su residencia⁴², y no tiene que ver con la aplicación de ningún convenio, lo cual descarta todo supuesto de abuso del mismo.

9.3. enfoque de tránsito o contra la erosión de la base imponible

Debido a las dificultades que presentan las disposiciones del tipo sujeción al impuesto, se desarrolló un tercer enfoque contra las estrategias *treaty shopping*. Este tercer enfoque sugerido por la OCDE para luchar en contra

35 Este término traduce en español, “enfoque del levantamiento del velo o enfoque de transparencia”.

36 Comentarios al artículo 1 del modelo de convenio elaborado por la OCDE, párrafo 13.

37 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 163.

38 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 164.

39 Este término traduce al español: enfoque de sujeción al impuesto.

40 Comentarios al artículo 1 del modelo de convenio elaborado por la OCDE, párrafo 15.

41 Comentarios al artículo 1 del modelo de convenio elaborado por la OCDE, párrafo 16.

42 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 178.

del *treaty shopping* tiene la denominación de “*channel approach*”⁴³. Según este enfoque, se pueden inaplicar los beneficios de un CDI cuando una sociedad controlada por no residentes utiliza una proporción sustancial de sus ingresos o rentas obtenidos (50% o más) para satisfacer obligaciones con sus accionistas o vinculados económicos (no residentes), en concepto de intereses, cánones, pago de arrendamientos, gastos de producción, publicidad, viajes, etc.⁴⁴.

Entre los Estados que han adoptado medidas de este estilo contra el *treaty shopping* encontramos a Suiza, en efecto, en el decreto de 1962 ya referido, se adoptó una medida según la cual se negaban los beneficios de los CDI suscritos por Suiza a sociedades cuya renta se distribuyera en parte sustancial en forma de pagos a no residentes en forma de gastos deducibles de la base gravable de dichas sociedades (intereses, cánones, gastos de publicidad, etc.). En este punto Suiza también adoptó un criterio cuantitativo para considerar cuando se considera que una porción sustancial de renta (50% o más) se ha utilizado para satisfacer obligaciones con terceros no residentes⁴⁵.

X. Medidas anti-treaty shopping en Estados Unidos: cláusula de limitación de beneficios

La configuración de la cláusula de limitación de beneficios implícita en el artículo

22 del modelo de convenio elaborado por EE.UU. consta de cinco (5) párrafos, el primero de los cuales contiene una regla general, según la cual los residentes de alguno de los Estados contratantes tienen derecho a la aplicación de los beneficios del convenio, en los estrechos límites previstos por la cláusula de limitación de beneficios⁴⁶.

El segundo párrafo contiene cinco categorías de sujetos con derecho a la aplicación del convenio, las cuales pasamos a examinar a continuación. En la primera categoría de sujetos, tenemos que las personas físicas que tengan residencia en alguno de los Estados contratantes tienen derecho a la aplicación del convenio. La segunda categoría de sujetos con derecho a la aplicación del convenio según la cláusula de limitación de beneficios de EE.UU. son los propios Estados contratantes, sus divisiones políticas, entidades sin ánimo de lucro de propiedad pública y los fondos de pensiones⁴⁷. La tercera categoría de sujetos abarca a las sociedades en las cuales todas sus acciones, o aquellas que representen más del 50% del derecho a voto o valor de la sociedad son regularmente negociadas en un mercado de valores reconocido, o si dicha sociedad es propiedad en más de un 50% de sociedades que coticen en mercados de valores reconocidos. En otras palabras, si una sociedad que cotiza en un mercado de valores reconocido en un Estado, es propietaria de una subsidiaria constituida en ese Estado, o en el otro Estado

43 La traducción de este término al español es: enfoque de tránsito, o contra la erosión de la base imponible.

44 Comentarios al artículo 1 del modelo de convenio elaborado por la OCDE, párrafo 17.

45 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 164.

46 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 11, El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal, por Pascuale Pistone, p. 145.

47 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 11, El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal, por Pascuale Pistone, p. 145.

contratante, la sociedad subsidiaria califica para la aplicación de los beneficios del convenio. Una cuarta categoría de sujetos calificados para la obtención de los beneficios del convenio abarca a las entidades sin ánimo de lucro dedicadas exclusivamente a actividades religiosas, educativas, científicos y otros fines benéficos, que provean pensiones u otros beneficios laborales, siempre que más de la mitad de los beneficiarios de dichos pagos, o de los miembros de la entidad sin ánimo de lucro tengan derecho a los beneficios del convenio⁴⁸.

Por último, en la letra F del segundo párrafo del artículo 22 del modelo de convenio elaborado por Estados Unidos se plantea un doble *test* para identificar a las personas jurídicas que tienen derecho a la aplicación de los beneficios del convenio, cuando quiera que las mismas no encajen en ninguna de las categorías (ya descritas) de sujetos calificados para recibir la aplicación de los beneficios del mismo. Este doble *test* recibe el nombre de prueba de propiedad y de erosión de la base imponible⁴⁹. La prueba de la propiedad dispone que por lo menos el 50% de las participaciones sociales tienen que pertenecer, directa o indirectamente, a personas con derecho a la aplicación del convenio (Estado y sus divisiones políticas, personas físicas, sociedades que coticen en mercados de valores reconocidos, organizaciones exentas, sin ánimo de lucro), al menos durante la mitad del periodo gravable⁵⁰. Según la prueba de la erosión de la

base imponible, la sociedad que aspire a la aplicación de los beneficios del convenio no debe entregar rentas en proporción superior al 50% en favor de personas no residentes en ninguno de los Estados contratantes, cuando dichas rentas tomen la forma de pagos que sean deducibles del impuesto sobre la renta de la persona jurídica en el Estado de su residencia⁵¹. La prueba de la erosión de la base imponible diseñada por EE.UU. tiene como propósito lógico luchar contra las estrategias *treaty shopping* del tipo piedra de paso.

10.1. Problemáticas sobre la aplicación de la cláusula de limitación de beneficios

Pues bien, antes de hacer algunos comentarios críticos respecto de la cláusula de limitación de beneficios, es necesario tener claros algunos conceptos básicos sobre su funcionamiento: en primer lugar, aunque formalmente las cláusulas de limitación de beneficios no modifican el ámbito de aplicación del convenio (pues el mismo se sigue aplicando a los residentes de alguno de los Estados contratantes), estas cláusulas sí tienen una incidencia material en el ámbito de aplicación del convenio, pues en ausencia de este tipo de disposiciones, un contribuyente tendría derecho a la aplicación plena del CDI con el solo hecho de ser residente en alguno de los Estados parte del CDI. En otras palabras, las cláusulas de limitación de beneficios reducen significativamente el número de cláusulas de un CDI que son aplicables

48 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 168.

49 En inglés estas expresiones traducen: "the ownership and base erosion test".

50 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 168.

51 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, Treaty Shopping: Abuso de Tratado, por Tulio Rosembuj, p. 168.

a los contribuyentes por el simple hecho de ser residentes en alguno de los Estados contratantes⁵². En conexión con lo anterior, es necesario mencionar que las cláusulas de limitación de beneficios proyectan su aplicación sobre las cláusulas del CDI que limitan o excluyen la tributación en el Estado de la fuente, es decir, dichas disposiciones solo se aplicarán al contribuyente que cumpla con los requisitos exigidos por las cláusulas de limitación de beneficios plasmadas en el CDI⁵³.

10.2. Críticas a la cláusula de limitación de beneficios de EE.UU.

En primera medida es necesario hacer notar que, tal y como están redactadas las cláusulas de limitación de beneficios arriba explicadas, poco margen queda para realizar estrategias *treaty shopping* artificiosas. Este efecto positivo de las cláusulas de limitación de beneficios, se consigue al precio de limitar significativamente el ámbito de aplicación de los CDI donde se inserten dichas cláusulas⁵⁴. En efecto, si un contribuyente no cumple con los requisitos generales para calificar para la aplicación del convenio según la cláusula de limitación de beneficios (cotización en bolsa, pruebas de propiedad y de erosión de base), las consecuencias son bastante negativas para dicho contribuyente, pues él mismo no tendrá acceso a

los beneficios que contemple el CDI, generando incluso, riesgos de doble imposición internacional.

En este punto, las cláusulas de limitación de beneficios elaboradas por Estados Unidos parten de la defensa del principio de la realidad económica. Sin embargo, el principio de la realidad económica puede resultar extraño a los países que tienen el sistema jurídico del *civil law* (entre ellos Colombia), donde se suele dar primacía a los conceptos jurídico-formales, o por lo menos se mantiene un equilibrio entre la sustancia y la forma en la interpretación y aplicación de las normas tributarias. Del mismo modo, la aplicación del principio de la realidad económica resulta en un debilitamiento de las garantías procesales del contribuyente. En efecto, las administraciones de impuestos al aplicar las cláusulas de limitación de beneficios están amparadas por presunciones jurídicas absolutas, de aplicación automática y sin prueba en contrario, como se puede apreciar al examinar las pruebas objetivas de propiedad y de erosión de la base, conllevando un debilitamiento ostensible de la defensa procesal del contribuyente, pues la aplicación de los *test* contenidos en la cláusula de limitación de beneficios se verifica sin la aplicación de principios tales como el de contradicción, debido proceso, etc, principios que sí gobiernan otros mecanismos para la lucha contra la elusión fiscal⁵⁵.

52 Serrano Antón F. Las medidas anti-abuso en la normativa española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, p. 94.

53 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 173.

54 Morrison, P; Bennett, M, "The New U.S. – Netherlands Treaty: Part I", p. 344.

55 Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Capítulo 12, *Treaty Shopping: Abuso de Tratado*, por Tulio Rosembuj, p. 171.

En conclusión a todos los anteriores razonamientos, es perfectamente válido pensar que el ámbito de aplicación subjetivo de los CDI deba ser reforzado⁵⁶, en orden a luchar contra estrategias de planificación fiscal abusivas o ilegítimas (*treaty shopping* como específica forma de elusión fiscal internacional); sin embargo, los mecanismos que se implementen para llegar a este fin no deberían ser tan estrictos como los diseñados por Estados Unidos. Una solución más flexible en materia de instrumentos en la lucha contra el *treaty shopping*, debe tener en cuenta las diferencias existentes en los sistemas legales de los Estados, y al mismo tiempo, dar las debidas garantías procesales a los contribuyentes, y sobre todo, se debe dejar el debido margen para las negociaciones bilaterales entre los Estados, de manera que en cada caso concreto, las “cláusulas *anti-treaty shopping*” que se apliquen tengan en cuenta el equilibrio entre los intereses del Estado de la fuente y del Estado de la residencia en el ámbito de la fiscalidad internacional.

XI. El concepto del beneficiario efectivo como medida *anti treaty-shopping*

Es necesario recordar que las rentas transnacionales sobre las cuales se proyectan las estructuras *treaty shopping* son, en su mayoría, dividendos, intereses y cánones; esto se debe al alto grado de movilidad de

dichas rentas, o al menos, de las inversiones que las generan. Lo anterior explica que normalmente las estructuras de planificación fiscal internacional (legítimas o ilegítimas) que implican algún grado de *treaty shopping*, se lleven a cabo para reducir la tributación global que sufren los dividendos, intereses y cánones en el ámbito internacional⁵⁷.

Frente a la anterior situación, el concepto del beneficiario efectivo plasmado en el modelo de convenio OCDE desde el año de 1977, introduce (o pretende introducir) un requisito nuevo para que el Estado de la fuente tenga la obligación de aplicar los límites previstos por el modelo de convenio en materia de tributación de dividendos, intereses y cánones⁵⁸. De manera que el concepto del beneficiario efectivo desarrollado por los artículos 10, 11 y 12 modelo de convenio elaborado por la OCDE fue elaborado con el expreso fin de luchar contra las estrategias *treaty shopping* en materia de dividendos, intereses y cánones (regalías). Pues bien, para dilucidar si la noción de “beneficiario efectivo” cumple con el objetivo que motivo su inclusión en el modelo de convenio OCDE, es necesario esclarecer su significado⁵⁹, y las eventuales problemáticas que implicaría su aplicación, para lo cual será necesario realizar un ejercicio interpretativo de diversas disposiciones al interior del modelo de convenio OCDE, como se muestra a continuación.

56 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 186.

57 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 174.

58 Artículos 10, 11, y 12 del modelo de convenio elaborado por la OCDE.

59 Félix Alberto Vega Borrego, Universidad Autónoma de Madrid, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento # 8 de 2005, p. 12.

11.1. significado del concepto “beneficiario efectivo” en la jurisprudencia

Es importante hacer mención de uno de los casos de *treaty shopping* más famosos en Estados Unidos, el mismo que ocurrió a principios de la década de los años setenta y fue protagonizado por la empresa Aiken Industries Inc. La problemática de este caso fue la siguiente: una corporación constituida en Bahamas, tenía el 100% de las acciones de dos subsidiarias suyas, una de ellas constituida en EEUU y la otra en Ecuador. La subsidiaria estadounidense denominada Aiken Industries Inc., obtiene un préstamo de su casa matriz (Bahamas) por US\$ 2,250,000 a cambio de una nota (interés) de 4% pagadera en 20 años. Posteriormente la subsidiaria de Ecuador creó su propia subsidiaria en Honduras, a la cual, un año después del préstamo original, la casa matriz (Corporación de Bahamas), le transfiere la mencionada nota (derecho a percibir el interés). Bajo el acuerdo original, Aiken Industries se hubiera visto obligada a retener el 30% por pago de intereses a su casa matriz, sin embargo al haber sido transferido a Honduras el derecho a percibir dichos intereses, la figura cambió radicalmente puesto que con este país, EEUU mantenía un CDI por el cual se eliminaba el impuesto debido los intereses pagados en el Estado de la fuente (EE.UU. en este caso). Así el artículo 9 del CDI con Honduras establecía que, las notas o cualquier otro documento de deuda, proveniente de un Estado contratante, “recibido por” un

residente corporación o cualquier otra entidad del otro Estado contratante, estaba exento de impuesto en aquel primer Estado⁶⁰.

Con base en este artículo se pretendió sostener que la sociedad de Honduras era en efecto, una sociedad válidamente constituida y que se encontraba en el ámbito de aplicación del CDI, por lo tanto cumplía con todos los requisitos legales para obtener los beneficios del tratado. Sin embargo, la Corte Suprema Americana señaló, que el artículo 9 del CDI usaba la frase “recibido por” (*received by*), y que en realidad la sociedad de Honduras no era quien recibía el interés por derecho propio, sino sólo como un “conductor” (*conduit*) con la obligación de transferirlo a casa matriz en Bahamas. Asimismo, agregó que la frase “recibido por” no se refiere meramente a obtener físicamente la posesión temporal de ese interés, sino más bien, a un completo dominio y control sobre ese dinero. De este modo, la corte restringió la aplicación del artículo 9 sólo a aquellas circunstancias en las que el interés fuese pagado a una corporación, siempre que ésta fuera el verdadero beneficiario (“*beneficial owner*” o beneficiario efectivo)⁶¹.

La segunda resolución que maneja el concepto del beneficiario efectivo para efectos internacionales se profirió con ocasión del siguiente caso: debido a que el CDI entre India y EE.UU. no prevé un régimen tributario favorable en materia de dividendos, las inversiones estadounidenses en la India se han venido realizando a través de la Isla Mauricio⁶². El convenio entre la India e Isla

60 Alonso Vega Herz, Abogado Tributarista. Los CDI y su abuso: un acercamiento al problema, p. 6.

61 Alonso Vega Herz, Abogado Tributarista. Los CDI y su abuso: un acercamiento al problema, p. 6.

62 Finney, M. “Go via Mauritius or UAE”. ITR. Noviembre, 1994, pp. 8 a 10. Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 157.

Mauricio establece un techo de imposición en la fuente del 5% sobre los dividendos procedentes de participaciones empresariales, y de un 10% en los demás casos. Para beneficiarse de este régimen convencional, las empresas americanas constituyen una sociedad en Isla Mauricio, a la que ceden sus participaciones en las sociedades residentes en la India, a efectos de obtener los dividendos desde el territorio de Isla Mauricio. Posteriormente, la sociedad residente en Isla Mauricio distribuye las rentas obtenidas en la India a sus partícipes en EE.UU. Pues bien, la administración tributaria de la India profirió una consulta tributaria en diciembre de 1995, en virtud de la cual niega a las sociedades residentes en Isla Mauricio la aplicación del convenio respecto de los dividendos que perciban, porque en su opinión, no tenían la condición de beneficiario efectivo de esas rentas. Al respecto se dijo que “al tratarse de una sociedad cuyo capital pertenece en su integridad a una sociedad residente en EE.UU., ésta última es la que tiene la condición de beneficiario efectivo de las rentas obtenidas por su filial”⁶³.

11.2. Interpretación doctrinal del concepto “beneficiario efectivo”

Por otra parte, existe un debate doctrinal sobre cómo debe interpretarse la figura del beneficiario efectivo, a la luz de los objetivos que persiguen los CDI, en especial el de luchar contra la evasión y elusión fiscal internacionales, sin degenerar en situaciones de doble imposición internacional. Sobre es-

te punto, la doctrina mayoritaria coincide en dar al concepto del beneficiario efectivo un significado autónomo de acuerdo a los fines convencionales, para lograr mayor uniformidad y seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de los CDI. Sin embargo, dado el tenor del canon interpretativo contenido en el artículo 3.2 del modelo de convenio OCDE (para la aplicación del convenio por parte de un Estado contratante, cualquier expresión no definida en el mismo, tendrá, salvo que del contexto del CDI se concluya una interpretación diferente, el significado que se le atribuya según la legislación de dicho Estado, en materia de los impuestos que son objeto del convenio) es necesario partir de la premisa según la cual, el contexto del convenio exige una interpretación autónoma del concepto del beneficiario efectivo a los fines convencionales, para que no sea necesario acudir a la legislación interna de los Estados contratantes al momento de definir el significado de dicho término⁶⁴.

En este punto, nosotros adoptamos la tesis según la cual, del contexto del modelo de convenio OCDE surge la necesidad de interpretar autónomamente el concepto del beneficiario efectivo por dos razones principalmente: en primer lugar, para garantizar la uniformidad en la aplicación de los artículos 10, 11, y 12 del modelo de convenio, tanto en el Estado de la fuente como en el Estado de la residencia, de manera que se eviten situaciones de sobre imposición o sobre exención; y en segundo lugar, debido a la imposibilidad de aplicar el canon interpretativo contenido en el artículo 3.2 del modelo de convenio en

63 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 158.

64 Artículo 3.2 del modelo de convenio elaborado por la OCDE.

esta materia, pues los derechos internos de los Estados muy rara vez definen el concepto del beneficiario efectivo a los efectos de la aplicación de un CDI⁶⁵.

Una vez definido lo anterior, la doctrina señala cómo el modelo de convenio OCDE toma la expresión “beneficiario efectivo”, de los ordenamientos jurídicos de derecho anglosajón. Esto sucede porque en los mencionados ordenamientos cabe distinguir entre el propietario formal de una cosa (*legal owner*), y un propietario económico o material de la misma (*beneficial owner*)⁶⁶. En cambio, en los ordenamientos propios del *civil law*, por regla general no cabe hacer la distinción antedicha, a pesar de que existan figuras jurídicas como el derecho real de usufructo. Debido al anterior análisis, la doctrina formula una definición del término beneficiario efectivo a efectos del derecho internacional tributario, teniendo en cuenta el concepto de propiedad económica del derecho anglosajón. De este modo tenemos que la doctrina define el término del beneficiario efectivo como la persona que teniendo derecho a obtener determinadas rentas, puede disponer libremente de las mismas⁶⁷.

Pues bien, si comparamos el concepto del beneficiario efectivo elaborado por la doctrina, con la jurisprudencia ya examinada, encontramos importantes coincidencias: así tenemos que por ejemplo, en el caso Aiken,

el Tribunal Americano examina si quien percibe el interés lo percibe para sí mismo (no como un conductor con la obligación de poner a disposición de un tercero las rentas generadas en la fuente), o si el perceptor del interés tiene el pleno control y dominio sobre los fondos que dan origen a dichas rentas.

11.3. Significado del beneficiario efectivo al interior del comité de asuntos fiscales de la OCDE

Aunque ni el modelo de convenio OCDE ni los comentarios al mismo definen lo que debe entenderse por beneficiario efectivo de los dividendos, intereses y cánones, sí se hacen algunas referencias a dicho concepto que pueden llegar a ser útiles para dilucidar su significado. En este punto, los comentarios al modelo de convenio afirman que los límites impositivos en el Estado de la fuente no tendrían aplicación “cuando un intermediario como un agente o un mandatario se interpone entre el beneficiario efectivo y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante”⁶⁸. De lo anterior se aprecia que para la OCDE, no tienen la condición de beneficiario efectivo aquellos sujetos que actúan por cuenta de un tercero.

Un ejemplo de la aplicación del concepto de beneficiario efectivo en materia de agen-

65 Félix Alberto Vega Borrego, Universidad Autónoma de Madrid, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento # 8 de 2005, p.12.

66 Félix Alberto Vega Borrego, Universidad Autónoma de Madrid, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento # 8 de 2005, p. 13.

67 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 146.

68 Comentarios al artículo 10 del modelo de convenio elaborado por la OCDE, párrafo 12.1.

tes y mandatarios se presentó con oportunidad de una resolución emitida por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de España, emitida el 22 de septiembre de 2000. Esta resolución se refiere a una entidad residente en España que gestiona los derechos de autor de personas no residentes. Las sumas recaudadas por la entidad de gestión española no se transferían directamente a los autores, sino a otras entidades gestoras de derechos de autor no residentes en España; al momento de liquidar el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, la entidad española tenía en cuenta los límites de imposición previstos en los CDI celebrados por España con los Estados en los cuales se situaban las entidades de gestión no residentes, y no los CDI celebrados entre España y los Estados de residencia de los autores. El Tribunal consideró que las entidades de gestión no tienen la calidad de beneficiarias efectivas de los pagos que reciben, pues la relación de éstas con los autores no implica una cesión de los derechos de autor. Esto quiere decir que las mencionadas entidades actúan como meros gestores o administradores de los derechos de autor, por lo que los beneficiarios efectivos de dichos derechos son los respectivos autores⁶⁹.

Si limitamos el significado del concepto del beneficiario efectivo a los sujetos que jurídicamente actúan por cuenta ajena, es-

taríamos ante una disposición antielusión claramente insuficiente para luchar en contra de la mayoría de estrategias *treaty shopping*, dado que las mismas se instrumentan con la interposición de una sociedad (instrumental), que al menos formalmente, es titular de las rentas que genera en el Estado de la fuente, y por lo tanto, actúa a nombre y por cuenta propia en la obtención de las mismas⁷⁰.

Por otra parte, existe una nueva posición sobre este punto en la OCDE, fundamenta en el informe de 1986 sobre el uso de sociedades instrumentales (OCDE), y en las modificaciones a los comentarios al modelo de convenio OCDE del año 2003. De lo que se trata, en criterio de la OCDE, es de ampliar el concepto del beneficiario efectivo a supuestos en los que a pesar de que formalmente el titular de unas rentas es una persona determinada, quien se beneficia efectivamente de las mismas (titular material de las rentas) y tiene poderes decisorios reales sobre dichos flujos de renta, es otra persona⁷¹. Resulta relevante citar algunos apartes del informe OCDE de 1986 en esta materia, al respecto se razona que aunque los comentarios “mencionan el supuesto del agente y del mandatario. Esta norma es aplicable también a otros casos en los que se celebra un contrato o en el que se cumplen obligaciones en los que un sujeto cumple funciones análogas a las de un agente o un mandatario. Así, una sociedad interme-

69 Resolución del Tribunal Económico-Administrativo (TEAC) del 22 de septiembre de 2000 (en Normacef Fiscal). Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 164.

70 Félix Alberto Vega Borrego, Universidad Autónoma de Madrid, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento # 8 de 2005, p. 15.

71 Félix Alberto Vega Borrego, Universidad Autónoma de Madrid, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento # 8 de 2005, p. 16.

diaria normalmente no tiene la condición de beneficiario efectivo, a pesar de que formalmente tenga la titularidad de determinados activos, si los derechos que puede ejercer sobre los mismos son tan limitados o endeble (*narrow powers*) que lo convierten en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo (normalmente los accionistas o partícipes de la sociedad intermedia)⁷². Este mismo párrafo ha sido insertado, aunque con cierto matiz, en las modificaciones a los comentarios a los artículos 10, 11, y 12 del modelo de convenio OCDE⁷³.

La única conclusión segura que se puede extraer de todo el análisis realizado hasta el momento, es que la determinación del significado del concepto “beneficiario efectivo” de los artículos 10, 11 y 12 del modelo de convenio OCDE resulta ser una cuestión muy problemática; una solución adecuada a esta cuestión podría consistir en que en una posterior revisión del modelo de convenio OCDE, se realice una definición de lo que debe entenderse por este término, o aún mejor, que los Estados contratantes mediante sus negociaciones bilaterales incluyan en sus CDI una definición de lo que deba entenderse por beneficiario efectivo de dividendos, intereses, y cánones, a efectos de la aplicación de los límites impositivos previstos en el Estado de la fuente para dichos flujos de renta.

XII. Medidas *anti-treaty shopping* en los CDI suscritos por el estado colombiano

En cuanto hace a las medidas *anti-treaty shopping* implementadas en el contexto colombiano, consideramos interesante examinar los tres (3) Convenios de Doble Imposición suscritos por Colombia; en este punto se examinará qué medidas *anti-treaty shopping* se han implementado en los CDI (de carácter general) suscritos hasta el momento por el Estado colombiano, es decir, los CDI Colombia-España, Colombia-Chile y Colombia-Suiza, respectivamente.

12.1. Medidas *anti-treaty shopping* en el convenio entre Colombia y España

En primer lugar, debemos advertir qué posibilidades de *treaty shopping* existen dentro del contexto del CDI suscrito entre Colombia y España. Un posible ejemplo de este fenómeno elusivo se examinó con la utilización de sociedades *holding* intermedias; en el presente caso, esta situación podría presentarse con las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE), previstas por la legislación española. Estas Entidades tienen por objeto la gestión y la administración de participaciones sociales en entidades no residentes, y resultan en un mecanismo importante para evitar la doble imposición económica internacional que recae sobre los dividendos y las plusvalías derivadas de la transferencia de dichas participaciones⁷⁴. En

72 Félix Alberto Vega Borrego, Universidad Autónoma de Madrid, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento # 8 de 2005, p. 16.

73 Comentarios al artículo 11 del modelo de convenio elaborado por la OCDE, párrafo 10.

74 José Manuel Almudi Cid, Universidad Complutense de Madrid, Planificación fiscal a través de sociedades Holding. Documento 24 de 2006, Centro de Estudios Fiscales, p. 8.

resumen, el régimen tributario de beneficio previsto para estas entidades consiste en una exención para sus rentas de fuente extranjera. Dichas rentas consisten en el reparto de dividendos y las plusvalías generadas por la transferencia de participaciones sociales en entidades no residentes en España.

Como primer paso en este análisis es necesario precisar si las sociedades *holding* de derecho español pueden ser consideradas residentes en España para efectos de verificar si dichas entidades califican dentro del ámbito de aplicación del CDI entre España y Colombia. Así las cosas, tenemos que tienen la condición de residentes fiscales para efectos convencionales las personas que según la legislación interna de los Estados contratantes estén sujetos a imposición en razón de su residencia, domicilio, o factores análogos⁷⁵. De la referida definición se infiere que no se hace exigencia alguna de tributación efectiva en el Estado de la residencia, en otras palabras, en los supuestos en los que un contribuyente realiza el hecho generador de un impuesto que grava su renta mundial, pero disfruta de una exención, se debería poder incoar la aplicación del respectivo CDI⁷⁶. Una posición contraria sería sostener que todos los CDI que siguen el modelo de convenio OCDE llevan implícita una cláusula de sujeción al impuesto para denegar la aplicación del convenio cuando las rentas obtenidas en la fuente no tributan efectivamente en el Estado de la residencia; en este punto el comité de asuntos fiscales de la OCDE ha mantenido una posición formal,

según la cual, este tipo de cláusulas tienen que ser expresamente previstas en los CDI⁷⁷. En razón a todo lo anterior, las sociedades *holding* de derecho español (ETVE) son residentes fiscales en España, de manera que califican para la aplicación del CDI suscrito entre Colombia y España.

Pues bien, un posible supuesto de *treaty shopping* en este caso podría ocurrir cuando una persona residente en un país europeo, Italia por ejemplo, desea invertir en Colombia mediante la compra de acciones en una sociedad colombiana, para obtener los dividendos producto de dichas participaciones sociales. Como Italia no tiene un CDI vigente con Colombia, la inversión directa de dicho residente en Colombia tendría costes fiscales importantes producto del gravamen soportado en la fuente (Colombia) cuando la sociedad colombiana distribuya los dividendos a sus accionistas. Para evitar el gravamen en la fuente, el residente en Italia podría constituir una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros en España, para desde dicha entidad, adquirir y gestionar las participaciones en sociedades colombianas, de este modo, se lograría limitar o eliminar la tributación en la fuente sobre los dividendos, producto de la aplicación de un convenio, que en principio, no sería aplicable para residentes de terceros Estados.

De lo dicho hasta ahora se infiere que la eficiencia de la mencionada estrategia depende de que el CDI entre Colombia y España prevea un régimen favorable para los dividendos. Pues bien, el artículo 10 del

75 Artículos 1 y 4 del modelo de convenio elaborado por la OCDE.

76 José Manuel Almudi Cid, Universidad Complutense de Madrid, Planificación fiscal a través de sociedades Holding. Documento 24 de 2006, Centro de Estudios Fiscales, p. 34.

77 José Manuel Almudi Cid, Universidad Complutense de Madrid, Planificación fiscal a través de sociedades Holding. Documento 24 de 2006, Centro de Estudios Fiscales, p. 35.

referido convenio establece que el Estado de la fuente no podrá gravar los dividendos cuando el beneficiario efectivo de los mismos sea una sociedad residente del otro Estado contratante, y además, tenga una participación de al menos 20% en el capital de la sociedad que distribuya los dividendos. En los demás casos, el Estado de la fuente podrá gravar los dividendos hasta el 5% del importe bruto de los mismos, siempre que el beneficiario efectivo de los mismos sea residente del otro Estado contratante⁷⁸. Del referido régimen convencional para los dividendos se infiere que para que la estrategia *treaty shopping* propuesta sea más eficiente, se requiere que la ETVE sea titular de al menos 20% de las participaciones en una sociedad colombiana, para de este modo eliminar totalmente el gravamen sobre los dividendos en el Estado de la fuente (Colombia). Ahora, la segunda parte de la estrategia consiste en reducir la tributación de la sociedad *holding* de derecho español; en este punto, las rentas obtenidas en Colombia por dicha sociedad estarán exentas en España, por el régimen excepcional previsto para las mencionadas entidades, en segundo lugar habrá que reducir la tributación en la transferencia de las rentas de la sociedad *holding* hacia el Estado de residencia del inversor original, Italia para el presente caso.

Aquí se podrían utilizar diversos procedimientos: en primer lugar tenemos la directiva prevista por el derecho comunitario europeo, relativa al régimen común aplicable

a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, cuya aplicación implica la distribución casi exenta de dividendos entre sociedades matrices y filiales situadas en diversos Estados miembros de la Unión Europea⁷⁹. Otra posible solución en este punto es que la sociedad *holding* de derecho español (ETVE) disfrute de un régimen fiscal favorable al momento de distribuir utilidades a sus socios no residentes en España⁸⁰.

Hasta ahora la estrategia *treaty shopping* propuesta no presenta problemas, sin embargo, es necesario examinar si la sociedad *holding* de derecho español (ETVE) puede ser considerada el beneficiario efectivo respecto de los dividendos obtenidos en Colombia; pues la calidad de beneficiario efectivo es requisito indispensable para que el Estado de la fuente (Colombia) esté obligado a limitar su potestad impositiva respecto de los dividendos distribuidos por sociedades colombianas a personas residentes en España.

Para dilucidar el anterior cuestionamiento es necesario realizar varias consideraciones, en primer lugar, debemos recordar la definición doctrinal del término beneficiario efectivo, como la persona que teniendo derecho a obtener unas rentas, puede disponer libremente de las mismas. Si aplicamos este concepto a las sociedades *holding* de derecho español (ETVE), tenemos que, al menos formalmente, dichas sociedades tienen derecho a obtener los dividendos distribuidos por las sociedades no residentes en España, y pueden disponer libremente de los mis-

78 Artículo 10 del CDI entre Colombia y España.

79 Directiva 123 del 22 de diciembre de 2003, C.E, tomado de: José Manuel Almudi Cid, Universidad Complutense de Madrid, Planificación fiscal a través de sociedades Holding. Documento 24 de 2006, Centro de Estudios Fiscales, p. 17.

80 José Manuel Almudi Cid, Universidad Complutense de Madrid, Planificación fiscal a través de sociedades Holding. Documento 24 de 2006, Centro de Estudios Fiscales, p. 33.

mos, pues el objeto de dichas sociedades es precisamente la gestión y administración de valores en entidades no residentes en España. Sin embargo, como menciona el comité de asuntos fiscales de la OCDE, es necesario hacer un análisis más profundo de las sociedades instrumentales para determinar si pueden o no ser calificadas como beneficiarias efectivas de las rentas que obtengan en el Estado de la fuente. De este modo, tenemos que será necesario analizar las eventuales situaciones de vinculación económica entre la sociedad *holding* y sus socios (residentes en terceros Estados), para dilucidar si dicha circunstancia tiene la entidad para quitarle a la sociedad *holding* la autonomía para depone libremente de los dividendos percibidos en el Estado de la fuente, es decir, Colombia para el ejemplo propuesto. En este mismo punto, será necesario examinar si jurídica y económicamente la sociedad *holding* de derecho español (ETVE) actúa a nombre y por cuenta de residentes de terceros Estados al momento de obtener las rentas en el Estado de la fuente (dividendos).

Otro análisis interesante consistiría en dilucidar si la constitución o el mantenimiento de la sociedad *holding* de derecho español (ETVE) tiene como principal propósito el aprovechamiento de los beneficios convencionales del CDI España-Colombia en materia de dividendos. Por otra parte, en el presente análisis deben tenerse en cuenta las diferentes relaciones jurídicas en juego, en especial la relación existente entre la sociedad *holding* de derecho español (ETVE) y sus socios no residentes en España, en efecto, del examen que se haga de dicha relación se podrá concluir si la sociedad

holding puede disponer libremente de las rentas obtenidas en Colombia (dividendos), o si dicha sociedad *holding* actúa o no en la calidad de agente, mandatario, o gestor de negocios ajenos en la obtención de las rentas en el Estado de la fuente (Colombia). Del examen de la relación existente entre la sociedad *holding* y sus socios también se puede inferir si la constitución o el mantenimiento de dicho ente societario tiene como principal objetivo la obtención de los beneficios que contempla el CDI Colombia-España en materia de dividendos.

Por último, se debe resaltar que el resultado de una eventual controversia referente a si las sociedades *holding* de derecho español (ETVE) pueden tener la calidad de beneficiarias efectivas de las rentas que obtengan en Colombia (fuente), dependerá en gran medida de la interpretación que haga la administración tributaria colombiana del concepto del beneficiario efectivo. En efecto, como ya tuvimos oportunidad de examinar, el principal perjudicado con las estrategias *treaty shopping* es el Estado de la fuente, en términos de recaudación tributaria; de manera que es dicho Estado quien en principio esta llamado a tomar e implementar diversas medidas *anti-treaty shopping*.

12.2. Medidas anti-treaty shopping en el convenio entre Colombia y Chile

Un posible caso de *treaty shopping* en el ámbito de aplicación del convenio Colombia-Chile puede presentarse con la utilización de las llamadas “sociedades plataforma de inversión” previstas por la legislación tributaria de Chile⁸¹. El objetivo de dichas

81 Artículo 41d, Ley del Impuesto sobre la Renta. Chile.

sociedades es adecuar la normativa tributaria para propiciar la constitución de “vehículos” de inversión en Chile por parte de inversionistas extranjeros, que deseen invertir en terceros países, sin tener que soportar en Chile los impuestos a la renta que originen dichas inversiones, pero sí aprovechar las ventajas que ofrece Chile para canalizar y administrar dicha inversiones en terceros países. Lo anterior quiere decir que las sociedades plataforma previstas por el derecho chileno tienen como objetivo atraer el interés de inversores residentes en terceros Estados (EE.UU. Europa, etc.), que pueden llegar a constituir un ente social de este tipo en Chile, con el objeto de realizar inversiones en diversos Estados (Colombia, Perú, etc.), sin tener que soportar sobre dichas inversiones los impuestos previstos por la legislación chilena. Lo anterior se traduce en un régimen de beneficio que consiste en que las mencionadas sociedades solo tributarán por sus rentas de fuente chilena, según las reglas generales de la legislación de dicho Estado, pero las rentas de fuente extranjera producto de inversiones realizadas en terceros Estados no se gravarán con ningún impuesto, ya sea en la generación de dicha renta, o en su transferencia al exterior (régimen similar al de las sociedades *holding* atrás vistas)⁸². El régimen tributario previsto para los socios de este tipo de ente social también es muy favorable: los socios con residencia o domicilio en el exterior no se afectan con ningún impuesto de la Ley del Impuesto sobre la Renta en Chile, por los dividendos distribuidos y remesados al exterior, ni por el mayor valor obtenido de la enajenación de las acciones⁸³.

Teniendo claro que el objeto social de la sociedad plataforma prevista por el derecho chileno es la inversión en actividades empresariales en el exterior, y que producto de dichas inversiones, no tributará en Chile ni la sociedad ni sus socios con residencia o domicilio en el exterior, resulta fácil inferir posibles estrategias *treaty shopping* en el ámbito del convenio Colombia-Chile. En efecto, residentes de terceros Estados (EE. UU. Europa, Latinoamérica, etc.) que estén interesados en invertir en Colombia, lo harían a través de este tipo de ente social para eliminar o reducir el gravamen sobre dichas inversiones en Colombia (fuente), producto de la aplicación del CDI con Chile, y para no tributar en territorio chileno sobre las mismas rentas, debido al régimen de beneficio fiscal previsto para este tipo de sociedades. En este punto, las principales estrategias *treaty shopping* se proyectarían sobre las rentas de mayor movilidad, esto es, dividendos, intereses y cánones.

A pesar de que las anteriores estrategias *treaty shopping* pudieran parecer viables, la conclusión que se debe extraer a la luz de la legislación chilena, y del CDI suscrito entre Colombia y Chile, es que las sociedades plataforma no califican dentro del ámbito de aplicación del mencionado convenio, y ello por varias razones. En primer lugar, los artículos 1, 2, 3 y 4 del CDI Colombia-Chile definen el ámbito de aplicación del mismo; de las mencionadas disposiciones se extraen dos ideas fundamentales: el convenio aplica para los residentes de alguno de los Estados contratantes (o de los dos), y la condición de residente se determina de acuerdo con

82 Artículo 41d, Ley del Impuesto sobre la Renta. Chile.

83 Artículo 41d, Ley del Impuesto sobre la Renta. Chile.

las legislaciones internas de los Estados contratantes, pero no se podrá considerar residente a una persona que solo tribute por sus rentas de fuente nacional en uno de los Estados contratantes⁸⁴. De la regla anterior se infiere con facilidad que las sociedades plataforma, al estar sujetas solo por sus rentas de fuente chilena, y no por las de fuente extranjera producto de diversas inversiones realizadas en terceros Estados, no califican para la aplicación del convenio. Pero en este punto hay más: según la legislación tributaria chilena las mencionadas sociedades no se consideran domiciliadas en Chile, y es por esa razón que solo tributan por sus rentas de fuente nacional; en este aspecto, las referidas sociedades no podrían ser calificadas como residentes a efectos convencionales, debido a lo establecido en el artículo 4 del CDI entre Colombia y Chile⁸⁵.

En adición a lo anterior, aunque las sociedades plataforma pudieran ser calificadas como residentes a efectos del CDI entre Colombia y Chile, tampoco podrían gozar de los beneficios previstos por el convenio en materia de dividendos, intereses y cánones. Sobre este particular, es necesario mencionar que el artículo 27 del CDI entre Colombia y Chile establece una medida *anti-treaty shopping* del tipo “sujeción al impuesto”, para luchar en contra de las estrategias *treaty shopping* que se articulan mediante sociedades instrumentales⁸⁶. En resumen, esta medida dispone que cuando una sociedad residente en uno de los Estados contratantes esté controlada, o sea dirigida por personas residentes en terceros Estados, los beneficios

convencionales en materia de dividendos, intereses y cánones solo se aplicarán cuando dichas rentas sean gravadas en el Estado de residencia de la mencionada sociedad, de acuerdo a las reglas generales de su legislación tributaria.

12.3. Medidas anti-treaty shopping en el convenio entre Colombia y Suiza

En el contexto del convenio suscrito entre Colombia y Suiza, son muy variadas las estrategias de planificación fiscal internacional que impliquen en mayor o menor medida fenómenos de *treaty shopping*, y ello por varias razones. En primer lugar, debido a que Suiza es bien conocido como un centro de negocios donde la estructura productiva, económica, y para nuestros efectos, la legislación tributaria, favorecen las actividades bursátiles, financiera, aseguradora, etc. En segundo lugar, Suiza tiene una buena red de Convenios para evitar la Doble Imposición, lo que incrementa el atractivo de dicho Estado para las inversiones internacionales. Una vez establecido que Suiza es un Estado atractivo para ciertos flujos de inversión internacional (actividad bancaria, bursátil, aseguradora), resulta lógico pensar que se realicen diversas estructuras de planificación fiscal internacional para disminuir la carga tributaria global que puedan soportar dichas inversiones. Es aquí donde se pueden presentar en mayor o menor medida fenómenos de *treaty shopping*: piénsese por ejemplo en el establecimiento de centros de coordinación, financiación y distribución.

84 Artículos 1, 2, 3 y 4 del CDI entre Colombia y Chile.

85 Artículo 4 del CDI entre Colombia y Chile.

86 Comentarios al artículo 1 del modelo de convenio elaborado por la OCDE.

En este último supuesto, de lo que se trata es de aprovechar la estructura productiva de un Estado como Suiza, y su legislación tributaria (la cual favorece cierto tipo de actividades económicas), junto con la amplia red de convenios que posee dicho Estado; por ejemplo, un residente en un tercer Estado (Italia, EE.UU. etc.) podría constituir un centro de coordinación en Suiza, para prestar diversos servicios a las diversas entidades que componen un grupo económico, de manera que la tributación sobre el centro de coordinación se aminore (legislación favorable sobre ciertas actividades), y fruto de la aplicación de la red de convenios que tiene dicho Estado, se reducirá la carga tributaria en los pagos que realicen las diversas entidades del grupo económico con destino al centro de coordinación. En este punto, una sociedad colombiana podría realizar pagos dirigidos a Suiza, por concepto de diversos servicios (financiaciones, cánones, dividendos, asistencia técnica, etc.) prestados por el centro de coordinación ubicado en dicho Estado, de manera que los mencionados flujos de renta se beneficien de la aplicación de las diversas disposiciones del CDI entre Colombia y Suiza, que eliminen o reduzcan la tributación en la fuente (Colombia)⁸⁷.

Se hace énfasis sobre la estrategia consistente en el establecimiento de centros de coordinación, financiación y distribución, porque se trata de un tipo de planificación fiscal internacional que no implica un grado muy alto de *treaty shopping*, ya que el éxito

de la estrategia no depende exclusivamente de la red de convenios existente en el Estado de residencia del centro de coordinación, existiendo otros factores de gran importancia que influyen en el éxito de este tipo de planificación. En este punto, resulta muy complicado atacar este tipo de estrategias mediante medidas *anti-treaty shopping*, debido a que en la mayoría de las ocasiones, los centros de coordinación establecidos en un Estado como Suiza, efectúan verdaderas actividades económicas sustanciales en el Estado de su residencia, resultando muy difícil denegar la aplicación de los convenios suscritos por dicho Estado en este tipo de supuestos⁸⁸.

Una vez examinado el amplio elenco de estrategias *treaty shopping* que se pueden estructurar en el contexto del CDI entre Colombia y Suiza, es momento de examinar que medidas *anti-treaty shopping* se implementan en este convenio, y la idoneidad de las mismas para luchar contra esta específica forma de elusión fiscal internacional. Pues bien, el artículo 21 del convenio Colombia-Suiza prevé una cláusula general anti-abuso, según la cual, cuando una sociedad residente en un Estado contratante, obtenga rentas en el otro Estado contratante, y transmita al menos la mitad de dichas rentas, directa o indirectamente, bajo cualquier modalidad, a una o más personas que no son residentes en ninguno de los Estados contratantes, estas rentas no se beneficiarán del convenio⁸⁹. Como se puede apreciar, se trata de una medida contra la erosión de la base imponible de las socieda-

87 Sobre este particular, los artículos 10, 11 y 12 del CDI entre Colombia y Suiza, regulan la tributación de dividendos, intereses y cánones.

88 Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 69.

89 Artículo 21 del CDI entre Suiza y Colombia.

des instrumentales, diseñada para luchar en contra de las estrategias *treaty shopping* más sofisticadas, del tipo “piedra de paso”.

XIII. Conclusión

El *treaty shopping*, como forma de elusión fiscal internacional, puede presentarse en el contexto de los CDI que Colombia tiene suscritos actualmente. Así mismo, dicha práctica podrá presentarse en el contexto de los CDI que en el futuro suscriba el Estado colombiano, siempre que dichos convenios sigan las pautas que impone el modelo de convenio elaborado por la OCDE. Como resultado de dicho fenómeno elusivo, el Estado colombiano puede llegar a perder importantes ingresos tributarios, como resultado del acceso por parte de residentes de terceros Estados a los convenios suscritos por Colombia. Para luchar contra la práctica denominada *treaty shopping*, Colombia dispone de un amplio elenco de medidas *anti-treaty shopping* usadas el contexto de la fiscalidad internacional (sujeción al impuesto, levantamiento del velo, etc.), sin embargo, las medidas que se adopten deben tener en cuenta que Colombia es un Estado receptor de inversiones (Estado de la fuente en un CDI), por lo que el principal interés de dicho Estado en la negociación de un CDI es la atracción de inversiones internacionales mediante la eliminación de la doble imposición internacional. Por esta razón, las medidas *anti-treaty shopping* que se implementen deben respetar las operaciones de buena fe en el ámbito del comercio internacional, en este mismo entendido, dichas medidas no deben significar una fuerte limitación al ámbito de aplicación (subjetivo) de los convenios que lleguen a suscribir en el contexto colombiano.

Bibliografía

ADONNINO, PIETRO. “La planificación fiscal internacional”. *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Víctor Uckmar, Coordinador, Capítulo 4.

AMERICAN LAW INSTITUTE, Federal Income Tax Project. *International Aspects of United States Taxation II, Proposals on United States Income Tax Treaties*, Philadelphia, 1992.

ARESPACOCCHAGA, J. *Planificación fiscal internacional*. Madrid, Marcial Ponds, 1998.

BAKER, P. *Double Taxation Agreements and International Tax Law*, London, 1994.

BARNADAS, F. *Tributación de no residentes y fiscalidad internacional*, Barcelona, Gestión 2000, Barcelona, 1997.

BORN H, “Beneficial Ownership”. E.T, n. 12, 1994, p. 472. Citado por: FÉLIX ALBERTO VEGA BORRERO. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 151.

CALDERÓN CARRERO, J.M. *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR, Coordinador. *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*.

Código de Comercio Colombiano.

Código Orgánico Tributario de Venezuela.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convenio de Doble Imposición entre Venezuela y EE.UU.

Convenio de Doble Imposición entre EE.UU. y España.

Convenio de Doble Imposición suscrito entre Colombia y Chile.

Convenio de Doble Imposición suscrito entre Colombia y España.

Convenio de Doble Imposición suscrito entre Colombia y Suiza.

CORASANITI, GIUSEPPE. “Dividendos, intereses, cánones y plusvalías en el modelo OCDE”. *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Víctor Uckmar, Coordinador, Capítulo 15.

DU TOIT, C. “Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties”, IBFD, 1999, p. 222. Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 157.

Estatuto Tributario Colombiano.

EE.UU., Explicaciones técnicas al modelo de convenio elaborado por EE.UU. 1996, artículo 22.

FINNEY, M. “Go Via Mauritius or UAE”. ITR. Noviembre, 1994, pp. 8 a 10. Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 157.

GARCÍA NOVOA, César. “Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional”. *Estudios de Derecho Tributario Internacional*. ICDT.

GARCÍA NOVOA, César. Ponencia Internacional: “La Mutación del Poder Tributario en el siglo XXI desde la perspectiva europea e internacional. Consecuencias para Colombia”. *XXXII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Memorias 2008.

GIULIANI, Federico María. “La interpretación de los Convenios Internacionales para evitar la Doble Imposición sobre las Rentas”. *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Víctor Uckmar, Coordinador. Capítulo 6

IBFD, *International Tax Glossary*, Ámsterdam, 3.^a ed., 1996.

IBFD. *Further Attacs on Treaty Shopping*, p. 150. Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 159.

Ley del Impuesto sobre la Renta. Chile.

MORRISON, P; BENNETT, M, “The new U.S. – Netherlands Treaty: Part I”.

OCDE, Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición y prevenir la evasión fiscal - comentarios al Modelo de Convenio OCDE.

OCDE, Informe: “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”. Dicho informe se puede encontrar en el volumen dos del modelo de convenio elaborado por la OCDE, Paris, 1997.

PISTONE, Pasquale. “El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal”. *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Víctor Uckmar, Coordinador. Capítulo 21.

ROSEMBUJ, Tulio. *La simulación y el fraude a la ley en la nueva Ley General Tributaria*, Madrid, 1996.

ROSEMBUJ, Tulio. El fraude a la ley.

ROSEMBUJ, Tulio. *Treaty Shopping: Abuso de Tratado*. Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Coordinador, Capítulo 12.

SANZ GADEA, Eduardo. *Inspector de Hacienda del Estado. Medidas antielusión fiscal*. Documento n. 22 de 2001, Instituto de Estudios Fiscales.

SERRANO, Antón F. *Las medidas anti-abuso en la normativa española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.

UCKMAR, Víctor. “Los tratados internacionales en materia tributaria”, en *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Víctor Uckmar, Coordinador.

VAN WEEGHEL, S. *The Improper Use of Tax Treaties*, Londres, Kluwer Law International, 1998.

VAN RAAD, K. *United States Income Tax Treaties*, vol 1, Boston, luwer, 1989.

VEGA BORREGO, Félix Alberto. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003.

VOGEL, K. "On Double Tax Conventions", Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 562. Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 140.

XAVIER ALBERTO. *Direito Tributario Internacional*, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, 1993.

REVISTAS

ALMUNDI CID, José Manuel. *Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding*. Documento n. 24-06. Instituto de Estudios Fiscales.

BENSHIMOL BELLO, Alberto. "La planificación fiscal y el desconocimiento de las formas jurídicas en el contexto de los Convenios Bilaterales para evitar la Doble Tributación". *Revista de derecho financiero*.

BRIONES FERNÁNDEZ, L. Las consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de inversiones españoles en extranjero. PSF. n. 41. 1993.

C.E, UNIÓN EUROPEA. Directiva 123 del 22 de diciembre de 2003, tomado de: José Manuel Almundi Cid, Universidad Complutense de Madrid, Planificación fiscal a través de sociedades *Holding*. Documento 24 de 2006, Centro de Estudios Fiscales.

DAHLBERG, M, "New Tax Treaty between Sweden and the U.S. Questions about Treaty Shopping", *Interfax*, n. 8-9, 1997.

DELGADO PACHECO, Abelardo. *Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional*. ICE. Nuevas

tendencias en economía y fiscalidad internacional, septiembre – octubre de 2005, n. 825.

DELGADO PACHECO, Abelardo. Abogado. J & Garrigues Abogados y Asesores Tributarios. Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la fiscalidad internacional. Instituto de Estudios Fiscales, Documento. n. 15 de 2002.

HINNEKENS, L. *Tax Treaty Shopping and Anti-Tax Treaty Shopping Measures*, Skatteret, n. 14, 1996

KINGSON, C. *The Coherence of International Taxation*, *Columbia Law Review*, vol 81, n. 6, 1981.

MAROTO SÁEZ, Amelia. Las medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional, Ponencia, seminario sobre convenios para evitar la doble imposición internacional, Chile, octubre de 2005.

NOTAS SOBRE ASPECTOS BÁSICOS DE LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL. Seminario internacional sobre aspectos de la tributación internacional en el contexto actual y la doble tributación.

ONU, Informe: "Contributions to International Cooperation in Tax Matters" Nueva York, 1988.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J.R. Medidas y disposiciones contra la elusión fiscal internacional a través de sociedades base y de sociedades instrumentales. Cuadernos de formación de la inspección de tributos, n. 14, 1991.

ROSENBLOOM, H.D. Tax Treaty Abuse: Policies and Issues. *Law and Policy in International Business*, n. 15, 1983.

SAUNDERS R. How Much Longer will Treaty Shopping be Allowed? *TPIR*. n. 1, 1995.

TERR, L. Treaty Routing vs Treaty Shopping: Planning for Multicountry Investment Flows under Modern Limitations of Benefits Articles. *Interfax*, n. 12, 1989.

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO (TEAC). Resolución del 22 de septiembre de 2000 (en Normacef Fiscal). Citado por: Félix Alberto Vega Borrego. Las medidas contra el *treaty shopping*. Las

cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Universidad Autónoma de Madrid. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, p. 164.

UCKMAR, Víctor. *Elusión y evasión fiscal*, CDFI, Vol. LXVIIIa, Deventer, Kluwer, 1983.

VEGA BORREGO, Félix Alberto. Universidad Autónoma de Madrid. “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Instituto de Estudios Fiscales, Documento n. 8 de 2005.

VEGA HERZ, Alonso. Abogado Tributarista. Los CDI y su abuso: un acercamiento al problema.