

# El derecho de imagen en los convenios para evitar la doble imposición sobre la renta

## El caso de los artistas y deportistas

ESPERANZA BUITRAGO DÍAZ\*

Todos disfrutamos y nos beneficiamos de la actividad de los artistas, deportistas y otros profesionales del espectáculo (*entertainer*)<sup>1</sup>. Un sector que mueve millones en la divisa que se presente. En efecto, tras la escena existe toda una organización económica que genera no sólo cultura o entretenimiento, también empleo y dinero. Es claro que el mundo de la cultura, del deporte y del entretenimiento constituyen en general, una fuente de renta. Los ingresos de los artistas y deportistas provienen, por ejemplo, de sus presentaciones en vivo y en directo, de presentaciones públicas o privadas, individuales o conjuntas, ante una audiencia (concierto, opera, obra teatral, grabaciones, etc.), o de una competencia (torneo de golf,

partido de fútbol, baloncesto, fórmula 1, entre otros). También pueden derivarse de activos tangibles e intangibles o de ingresos por alicientes, opciones, anticipos, prohibiciones de competencia, patrocinio, subsidios, publicidad (anuncios, presentaciones en programas o comerciales de televisión o cine), “endorsements”, comercio de parafernalia, etc.<sup>2</sup>.

Eventos deportivos, por ejemplo, suelen dejar no sólo un equipo ganador y un país orgulloso de su selección o deportistas, también miles de millones de dinero. Según cálculos no oficiales de la Eurocopa 2008<sup>3</sup>, Austria y Suiza, los países anfitriones, recogerían unos beneficios de €80 millones, de los que €9' provendrían del sector ser-

\* Profesora de la Especialización en Derecho Tributario Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora del Instituto para la Promoción del Derecho Económico en Países en Desarrollo, Países Bajos.

1 En los términos del artículo 17 del Modelo de Convenio (MC) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que se refiere a “Entertainers”, tales como artistas de teatro, cine, radio o televisión, a músicos. Organisation For Economic Co-Operation and Development (OECD), Committee on Fiscal Affaires (2005). Model Tax Convention on Income and on Capital, editado por OECD, París.

2 Sandler, D.: Non-Resident Entertainers and Athletes – Taxing Problems, in 49th Congress of the International Fiscal Association, Cannes: 1995, XXd, publ. Kluwer Law International: The Hague, 1996, p.3. Molenaar, Dick: Taxation of International Performing Artistes, IBFD doctoral series, volumen 10, Amsterdam, 2005, pp. 99 y ss.

3 De acuerdo con estadísticas compiladas por Jiménez, Francisco: “La UEFA ganará 1.050 millones por los derechos de imagen de la Eurocopa”, disponible en [http://www.finanzas.com/noticias/economia/reportajes/2008-06-06/16567\\_uefa-ganara-1050-millones-derecho.html](http://www.finanzas.com/noticias/economia/reportajes/2008-06-06/16567_uefa-ganara-1050-millones-derecho.html). Cifras similares constan en El Tiempo 1° de julio de 2008 en: [http://www.eltiempo.com/deportes/eurocopa\\_rediseño/home/la-final-de-la-eurocopa-reportara-300-millones-de-euros-en-beneficios-\\_4353319-1](http://www.eltiempo.com/deportes/eurocopa_rediseño/home/la-final-de-la-eurocopa-reportara-300-millones-de-euros-en-beneficios-_4353319-1).

vicios, 73' de patrocinadores y publicidad, y €23' los generaría el turismo. Por su parte, la UEFA se quedaría aproximadamente con €26 millones solo por la venta de entradas a los partidos, €800 millones por los derechos televisivos y de patrocinio y €80 millones por patrocinios y anuncios, para un total de €1.050 millones, que algunos atribuyen a los derechos de imagen<sup>4</sup>. A su vez, la UEFA pagaría €84 millones en premios. Los equipos recibirían €1,5 millones por participar. Los empates serían gratificados con €800,000 euros y las victorias con un millón. Al igual, que superar las rondas hasta llegar a la final. La clasificación para cuartos se dotaría con €1 millones; las semifinales, con €2 millones; y la final con €1,5 millones. Al ganador corresponderían €1,5 millones y si terminara invicto tendría €3 millones. En España, por ejemplo, los jugadores contarían con una prima de €80.000 por ir y €15.000 por alzar el trofeo, aparte, claro está de los salarios y otros pagos que recibirán de sus clubes<sup>5</sup>.

No todas las cantidades indicadas pueden atribuirse a compensaciones por el uso de Derechos de imagen y posiblemente las que la prensa califica como tal tampoco lo sean. Pero lo que sí es cierto es que además de las rentas del trabajo, es normal que los artistas y deportistas perciban otros ingresos derivados de actividades que o bien propician la creación de activos tangibles o intangibles y/o de los activos mismos, sean creados por los artistas o deportistas o con

su consentimiento. Es característico de los activos intangibles, que una vez creados generen renta sin necesidad de involucrar, o al menos no demasiado, la actividad directa del artista o deportista, en tanto que pueden ser objeto de libre negociación. Ejemplifican lo dicho los pagos de regalías por el uso de derechos de autor sobre libros, grabaciones, o incluso por la venta de mercaderías que incorporan la imagen, la voz o similares, las ventas de videos o pagos por derechos de imagen o por derechos conexos. Estos ingresos no son fijos, como sí sucede con el salario, pero pueden llegar a ser mayores que éste o que los pagos por presentaciones en vivo y en directo<sup>6</sup>. Así mismo, suelen ser objeto de un pago a plazos, pero nada impide que sea un pago único. Por otra parte, no son ingresos que perciban todos los artistas o deportistas, sólo se observa en el caso de aquéllos que alcanzan cierto reconocimiento entre el público<sup>7</sup>.

En este artículo analizaremos la problemática de sólo uno de los ingresos que hemos mencionado, los Derechos de imagen, en la perspectiva de aplicación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición sobre la Renta (en lo sucesivo CDI) y no del Derecho interno. Los ingresos por derechos de imagen no solo provienen de artistas y deportistas, sin embargo son estos profesionales los que mayores retos presentan frente a la fiscalidad internacional dada su movilidad y la facilidad para crear intangibles que pueden fácilmente comercializarse sin su interven-

4 Ibid.

5 Ibid.

6 En este sentido: Sandler (1996), *Non-Resident Entertainers and Athletes...*, *supra* nota 2, pp. 3 y ss.

7 Según destaca Molenaar, la renta de presentaciones internacionales es substancial pero no se distribuye equitativamente entre los artistas, es necesario establecer una diferencia entre pocos artistas de renombre (*top artistes*), profesionales reconocidos, artistas que luchan por ese reconocimiento y aficionados. Molenaar (2005), *Taxation of International Performing Artistes*, *supra* nota 2, p. 99ss.

ción directa. Esta circulación económica internacional de los artistas o deportistas y sus intangibles propicia su debilidad o fortaleza frente al fenómeno impositivo. En efecto, el hecho de que los artistas y los deportistas perciban rentas de diferentes países, en su condición de residentes y/o de no residentes, hace que este grupo de contribuyentes sea más vulnerable a los problemas de doble imposición, pero en ello mismo algunos han encontrado su fortaleza frente al fisco según veremos en breve. De cualquier forma, debemos decir que no son pocos los conflictos que se dan entre el país de residencia de los artistas o deportistas y el país en el que desarrollen sus actividades o entre aquéllos y el (los) país(es) de residencia del beneficiario de los pagos por derecho a usar bienes intangibles de los que sean titulares.

En Colombia el tema es de particular interés por varias razones. Por una parte, por la cantidad de artistas y deportistas nacionales que tienen reconocimiento internacional, *i.e.* Juanes, Shakira, el Grupo Niche, Joe Arroyo, Juan Pablo Montoya, o jugadores como Carlos Valderrama, Freddy Rincón o Willington Ortiz. No todos ellos tienen su residencia fiscal en Colombia. Por otra, por la cantidad de artistas o deportistas nacionales o extranjeros y de eventos deportivos que se presentan o realizan en diferentes ciudades de Colombia y de los cuales también se derivan rentas para el país. Infortunadamente es

difícil establecer el monto exacto que queda y sale de Colombia, dado que las estadísticas oficiales de la balanza cambiaria dan cuenta de los ingresos de divisas por prestación de servicios, culturales, artísticos y deportivos de colombianos en el exterior y el egreso de divisas para el pago de servicios culturales, artísticos y deportivos de extranjeros en Colombia de forma conjunta con otros rubros<sup>8</sup>. Estas cifras no son para nada despreciables y prácticamente triplican las de los ingresos y egresos por regalías de intangibles<sup>9</sup>.

Además de las razones indicadas y no menos importante resulta el hecho de que, finalmente, y tras el clamor de muchos años, el país ya se dio a la tarea de negociar CDI. De este modo, los colombianos que invierten en el exterior y los extranjeros que invierten en Colombia tendrán al alcance todos los beneficios que traen consigo las medidas concertadas para aliviar la carga y problemas que genera la doble imposición internacional. Los CDI constituyen claramente un factor de certeza jurídica imbatible que supera con creces las cláusulas tributarias que incluyen convenios internacionales de carácter mercantil, que era la práctica que se venía dando en Colombia hasta la fecha. Actualmente ya se han negociado y se espera que entren en vigencia los CDI de Colombia con España<sup>10</sup>, con Chile y, aparentemente, con Suiza<sup>11</sup>. Pero la entrada en vigencia de los CDI no será suficiente si su aplicación no es la adecuada,

8 Por concepto de servicios no financieros, en el renglón "otros servicios". Según consta en: Colombia. Banco de la República, Subgerencia de Estudios Económicos: Estadísticas Monetarias y Cambiarias. Correspondiente a la semana 23 del año 2008. SG-EE-06-08-25-L. Bogotá, 20 de julio de 2008, p. 28ss.

9 *Ibid.*, p. 28ss.

10 Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en material de impuestos sobre la renta y el patrimonio. En: *Boletín Oficial del Estado* (BOE), n. 138, Madrid, 2005.

11 Según consta en [http://abc.senado.gov.co/prontus\\_senado/site/artic/20080620/pags/20080620174549.html](http://abc.senado.gov.co/prontus_senado/site/artic/20080620/pags/20080620174549.html)

de suerte que el conocimiento de la práctica internacional es necesario para evitar los efectos nocivos de la doble imposición y la evasión fiscal internacional.

En aplicación de los CDI los ingresos han de calificarse conforme a la clasificación de las rentas y el capital del propio tratado y no la del Derecho interno. Sin embargo, salvo contadas excepciones, los CDI no incluyen disposiciones específicas sobre los Derechos de imagen. Los comentarios al MC OCDE o al MC de la Organización de Naciones Unidas (ONU) tampoco tratan el tema. De suerte que corresponderá al intérprete determinar los artículos aplicables de cada CDI y decidir si tales rentas se encuentran *e.g.*, en el marco de lo previsto sobre beneficios empresariales, regalías, rentas de los artistas u otras rentas. El tema es bastante complejo y de hecho existen diferencias en la calificación de las rentas derivadas de la explotación del derecho de imagen que suelen terminar en la doble imposición, con todas las consecuencias que de ello se derivan. La problemática se hace más compleja cuando el artista deriva sus rentas de salarios o de regalías de entidades interpuestas de la que el artista o deportista es asociado o tiene una participación.

Teniendo en cuenta nuestro objeto de estudio y su perspectiva, nuestra investigación se desarrolla en tres partes. En la primera nos aproximamos un poco a la praxis y el derecho de imagen en su entorno económico, las transacciones que sobre el mismo se realizan y algunos casos recientes que dan idea de las estructuras fiscales que determinan su negociación. En la segunda presentamos algunos aspectos del derecho interno relevantes para nuestra investigación, y en la tercera analizamos los problemas relativos a la calificación de las rentas en la estructura básica de los CDI, incluidas las cuestiones de delimitación

y atribución de las rentas, con una síntesis de las decisiones judiciales y administrativas relativas a los derechos de imagen acompañadas de unos comentarios críticos.

## 1. El derecho de imagen y su círculo económico

La creación y comercialización de derechos de imagen es propia de artistas con renombre, con ingresos significativos producidos en diferentes países y gracias a diferentes actividades que involucran una inversión en tiempo, dinero y toda una cadena de participantes en la que, además de ellos, cuentan compañías interpuestas, organizadores de eventos, patrocinadores (*sponsors*) y su público de admiradores o simpatizantes (*fans*). Con todos estos sujetos se establecen múltiples relaciones que terminan en la creación de la renta, tal como veremos a continuación.

El público pagará por sus entradas para ver o escuchar a los artistas o deportistas, pero seguramente también pagará por la compra de libros, casetes, videos, y múltiples objetos con la figura, el rostro, la voz u otros elementos de la imagen del artista o deportista, tal como camisetas, sombreros, bolsos, llaveros, cuadernos, vasos, almohadillas para computador, etc. El organizador contará, *e.g.* con las entradas pagadas por el público así como con ingresos por el patrocinio del evento por parte de varias empresas. Los patrocinadores más que por la presentación misma tienen otras expectativas, por una parte, crear *goodwill* a través del patrocinio del evento y, por otra, la promoción de sus productos o servicios; en esa medida y para tal efecto los pagos que hacen a artistas/deportistas o sociedades interpuestas retribuirán el derecho a usar derechos como el de imagen.

Según hemos visto, los ingresos de los artistas o deportistas pueden tener diversas fuentes. Pueden percibir un salario u otros pagos del organizador, directamente o a través de empresas de las que son empleados y respecto de las cuales posiblemente posean cierto control y/o participación en los beneficios<sup>12</sup>—las llamadas *slave companies*, *artiste companies*, *rent-a-star-companies*, *loan-out companies*, etc.—. Han existido casos en los que el artista percibe salarios de más de una de estas sociedades interpuestas<sup>13</sup>. Sin embargo, es posible que el ingreso que recibe del organizador del evento no sea solo por la presentación en un evento. También puede suceder que los artistas o deportistas perciban directamente de su empleador, del organizador o de entidades interpuestas pagos por intangibles tales como los pagos por licencias de derechos de autor, derechos de imagen o similares. Las sociedades interpuestas cumplen en este caso un papel muy importante, por la facilidad con la que pueden transferirse los activos intangibles, incluido el derecho de imagen, mediante contratos de licencia relativamente simples y, al mismo tiempo, la posibilidad de reducir la carga tributaria a través de estas estructuras fiscales<sup>14</sup>.

En efecto, tal como hemos indicado, es posible que los artistas o deportistas realicen y se beneficien de las actividades indicadas, directamente o con la colaboración de varios intermediarios o compañías interpuestas. Pero, por lo general, los artistas de renombre no suelen estar solos en esa empresa y ello es así, tanto por las exigencias propias del oficio, como por razones económico-fiscales. De hecho, en el ámbito internacional lo normal es la existencia de una gran variedad de relaciones contractuales que, tal como hemos destacado, incluyen por lo menos al artista o deportista como asociado y/o empleado de tales entidades interpuestas. Estas últimas suelen tener su residencia fiscal en un país con un nivel impositivo bajo o inexistente y, por lo mismo, sirven para reducir considerablemente la carga fiscal<sup>15</sup>.

Las noticias de los *Rolling Stones* y U2 de los últimos años ejemplifican bien la importancia de estructuras fiscales como las indicadas. Por ejemplo, en agosto del año 2006 la prensa dio a conocer en el Reino Unido que tres de los *Rolling Stones*, Sir Mick Jagger, Charlie Watts y Keith Richard, en secreto y con éxito habían pagado un impuesto no mayor al 1.6% sobre sus ingresos de £240m durante los últimos 20 años<sup>16</sup>. El

12 Sandler, Daniel: *The Taxation of International Entertainers and Athletes*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, p. 5.

13 E.g. Tax Court of Canada. Gordon M. Sumner VS. Her Majesty the Queen, Docket No. 98-1222, de 07-12-1999, disponible en IBFD online Case Law Database 2006, referencia CL:CA:1999-12-07:1:Dec.

14 International Tax Blog: "Rock Bands Recognize the Ease of Moving Intellectual Property Assets to Lower Overall Tax Liabilities". Disponible a 22.04.08 en: <http://internationaltaxblog.com/?=6>

15 Como por ejemplo Holanda, las Antillas holandesas e incluso el Reino Unido y los Estados Unidos de América.

16 Hall, Allan: "Stones paid just 1.6% tax on £240m royalties". *The Independent*, publicado el 2 de agosto de 2006 y disponible a 22 de junio de 2008 en <http://www.independent.co.uk/news/uk/this-britain/stones-paid-just-16-tax-on-163240m-royalties-410232.html>. Igualmente Hind, Katie: "Stingy Stones Avoid tax on £240m fortune". *Daily Mail*, publicado el 2 de agosto de 2006 y disponible a 22 de junio de 2008 en: <http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-398648/Stingy-Stones-avoid-tax--163-240m-fortune.html>.

pago no se había realizado al erario del Reino Unido, donde la tarifa era del 40% sino en los Países Bajos y a una tarifa no superior al 1.6%. Adicionalmente, se dijo que en agosto del 2006 aquéllos constituyeron un par de fundaciones en Holanda que, tras su muerte, les permitiría transferir sus activos libres de impuestos a sus herederos<sup>17</sup>. Tales fundaciones tendrían a su cargo la administración de sus derechos sobre la música, presentaciones artísticas, mercancías y películas, así como de definir las cuestiones relativas a la titularidad en caso de fallecer alguno de los miembros de la banda<sup>18</sup>.

Con la noticia de una estructura fiscal tan exitosa, la banda U2 trasladó buena parte de sus activos incorporeales de Irlanda a los Países Bajos<sup>19</sup>, algo que también han hecho muchos artistas y multinacionales como Coca Cola, Nike, Ikea y Gucci<sup>20</sup>. La realidad muestra así algo diferente a lo que se dice de las rentas de bienes incorporeales. En efecto, si bien es cierto que algunos consideran que propiedad incorporal como las marcas no es tan rentable como parece<sup>21</sup>, también es cierto que la existencia de las sociedades in-

terpuestas a las que hemos hecho referencia así como los ingresos que generan tanto las estrellas musicales como otros profesionales del espectáculo y muchas multinacionales por el uso de intangibles dan cuenta de otra realidad. Por ejemplo, se afirma que U2 percibe por regalías el equivalente a una tercera parte de su fortuna, avaluada en £460 millones<sup>22</sup>.

## 2. El derecho de imagen en el ámbito tributario interno

Si bien es cierto que la problemática fiscal de las rentas de artistas y deportistas por sus presentaciones viene siendo objeto de atención en los CDI de fines de los años treinta del siglo pasado<sup>23</sup>, también es cierto que algunos aspectos relativos a los ingresos de estos profesionales no han sido objeto de regulación o lo han sido sólo después de muchos años de prácticas como las que hemos destacado con el uso de sociedades interpuestas en la percepción de la renta. La problemática de las rentas derivadas del derecho de imagen se ubica en este segundo

17 Browning, Lynnley: "Celebrity Royalties Flow into Dutch Tax Shelters". International Herald Tribune, publicado el 4 de febrero de 2007 y disponible a 22 de junio de 2008 en <http://www.iht.com/bin/print.php?id=446177>.

18 Hall (2006), *Stones paid just...*, *supra* nota 16. Igualmente en Hind (2006), *Stingy Stones avoid tax...*, *supra* nota 16.

19 Browning (2007), *Celebrity royalties...*, *supra* nota 17, p. 1.

20 De acuerdo con la investigación realizada por Van Dijk Michiel, Weyzig Francis y Murphy, Richard: *The Netherlands: A Tax Haven? Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen*. Amsterdam, 2006.

21 Martensen, Kirk: *A Cure for Licensing Dyslexia, Developing a Trademark Licensing ROI model*. Disponible a 19 de junio de 2008 en: <http://www.allaboutbranding.com/index.lasso?article=329>.

22 Peterkin, Tom: "U2 Move Their Assets out of Ireland". Telegraph, publicado el 8 de agosto de 2006 y disponible a 22 de junio de 2008 en: <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2006/08/08/nbono08.xml>

23 Tal como evidencia el CDI suscrito entre Suecia y los Estados Unidos de 1939, art. XI y los posteriores desarrollos al interior de la Organización para la Cooperación Económica Europea en 1959 y de la OCDE desde 1963. En detalle: Buitrago Díaz, Esperanza: *El Concepto de Cánones y/o Regalías en los Convenios para Evitar la Doble Imposición sobre la Renta*, España, CISS/Kluwer, 2007, pp. 199 y ss.

extremo y son muy pocos los países que se ocupan expresamente de éstas en su normativa tributaria interna.

En la medida en que nuestro objeto de estudio es el derecho de imagen en la aplicación de los CDI, nuestro análisis se detiene sólo en algunos de los aspectos más relevantes para tal efecto. Un aspecto importante es el de la sujeción de las rentas de bienes inmateriales tales como el derecho de imagen, puesto que dicho factor contribuye a determinar la estructura tributaria conveniente a los efectos de una mejor planeación fiscal. Existen países que no imponen una retención en la fuente sobre regalías pagadas al exterior (transacciones transfronterizas) y que no necesariamente son paraísos fiscales, *e.g.* Irlanda, Chipre, Países Bajos, Suecia, Suiza. Así mismo, algunos países ofrecen un bajo nivel impositivo o permiten mayor

posibilidad para disminuir la carga tributaria a través de deducciones, amortización, etc., en comparación con otros.

España es uno de los pocos países que se ocupa en detalle de las rentas de derechos de imagen en su normativa tributaria interna. Tanto la Ley del Impuesto sobre las Renta de las Personas Físicas (IRPF) como la Ley del Impuesto sobre Sociedades (IS) imponen a los sujetos obligados<sup>24</sup> el deber de retención en un 20%<sup>25</sup>, de rentas procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen o del consentimiento o autorización para su utilización<sup>26</sup>. La ley prevé además la deducción de los satisfechos en España o el extranjero por rentas que hayan sido imputadas en la base imponible del contribuyente en España en concepto de derechos de imagen. Por su parte, la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR)

24 Conforme a la Ley del Impuesto sobre Sociedades se trata de "Las entidades, incluidas las comunidades de bienes y las de propietarios, que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto, estarán obligadas a retener o a efectuar ingresos a cuenta, en concepto de pago a cuenta, la cantidad que resulte de aplicar los porcentajes de retención indicados en el apartado 6 de este artículo a la base de retención determinada reglamentariamente, y a ingresar su importe en el Tesoro en los casos y formas que se establezcan.

También estarán obligados a retener e ingresar los empresarios individuales y los profesionales respecto de las rentas que satisfagan o abonen en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales, así como las personas físicas, jurídicas y demás entidades no residentes en territorio español que operen en él mediante establecimiento permanente.

Asimismo, estará obligado a practicar retención o ingreso a cuenta el representante designado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.1 y la disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, que actúe en nombre de la entidad aseguradora que opere en régimen de libre prestación de servicios, en relación con las operaciones que se realicen en España", Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. (B.O.E. 11-03-2004), artículo 140(1).

25 Con anterioridad al Real Decreto-Ley 12/2001, de 29 de junio, y en vigencia del Real Decreto 2060/1999, de 30 de diciembre, que modificó el apartado 3 del artículo 62 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, el porcentaje de retención aplicable a la cesión del derecho a la explotación de la imagen, o del consentimiento o autorización para su utilización era del 25 por 100. La situación se modificó tras la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2001 que anuló el epígrafe 3.º del artículo 4 del Real Decreto 2060/1999, de 30 de diciembre, que modificó el apartado 3 del artículo 62 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 537/1997.

26 Ley del IS, artículo 140(6b). Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, según las modificaciones introducidas con la Ley 46/2002, artículos 83 y 146.

prevé que: las rentas percibidas en España por personas físicas no residentes por rendimientos de actividades económicas o explotaciones económicas están sujetas al IRNR cuando deriven directa o indirectamente de la actuación personal, en territorio español, de artistas o de cualquier otra actividad relacionada con dicha actuación, aun cuando se perciban por persona o entidad diferente del artista y siempre que se obtengan sin mediación de un establecimiento permanente; en este caso el gravamen suele ser del 25%. Además, la Ley del IRNR considera como rentas obtenidas en territorio español las de Derechos personales susceptibles de cesión, tal como los derechos de imagen<sup>27</sup>. Los casos mas frecuentes y quizá con mayor desarrollo legislativo, jurisprudencial y, obviamente, doctrinal son los de los jugadores de fútbol y sus clubes en relación con los salarios y los pagos de los Derechos de imagen.

En Colombia la ley no se ocupa expresamente de la fiscalidad de los derechos de imagen. Tampoco se mencionan en la normativa de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la que Colombia es parte<sup>28</sup>. Por ende, no son pocas las inquietudes que el mismo despierta, tal como sucede con las cuestiones sobre su naturaleza jurídico-tributaria, la tarifa a la que tributan<sup>29</sup>, etc.

Aunque el asunto no es del todo claro, defenderemos que, dado el carácter incorporeal de derechos como la imagen, a las rentas que se deriven de aquéllos les son aplicables las disposiciones comunitarias y de derecho interno sobre bienes intangibles, con todas sus consecuencias. Dicho en otras palabras, que para los efectos tributarios el derecho de imagen posee el carácter de bien incorporeal o intangible y que los pagos derivados del uso o derecho a usar derechos de imagen podrían ser regalías si se cumplen los supuestos que la norma exige para dispensar tal calificación.

A nivel comunitario, la Decisión 578 de la CAN dispone que: “el término ‘regalía’ se refiere a cualquier beneficio, valor o suma de dinero pagado por el uso o el derecho de uso de bienes intangibles, tales como marcas, patentes, licencias, conocimientos técnicos no patentados u otros conocimientos de similar naturaleza en el territorio de uno de los países miembros, incluyendo en particular los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales previstos en la Decisión 345 y los derechos de autor y derechos conexos comprendidos en la Decisión 351”<sup>30</sup>. El listado es de carácter enunciativo, de la misma manera que sucede con los casos enunciados por el artículo 24 del Estatuto Tributario colombia-

<sup>27</sup> Ley del IRNR, art 12 (1Fc)

<sup>28</sup> Ni en la actual Decisión 578, como tampoco en la Decisión 40. Comunidad Andina de Naciones (CAN): Decisión 578 Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal, 4 de mayo, 2004, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n.º 1063, disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D578.htm>. CAN: Decisión 40: Aprobación del Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre la doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión, 8 a 16 de noviembre, 1971, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d040.htm>

<sup>29</sup> Tal como se formulaba en la conferencia impartida por Marín Elizalde, Mauricio: “Tributación de Artistas y Celebridades en el Ámbito Internacional”. I Congreso de Contabilidad y Tributación Internacional, Universidad Autónoma del Caribe, 2007.

<sup>30</sup> CAN, Decisión 578...., *supra* nota 28, artículo 2.

no que comprende los beneficios o regalías de cualquier naturaleza provenientes de la explotación de toda especie de propiedad industrial, o del *know how*, y los beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica explotada en el país”<sup>31</sup>.

No obstante que la definición de regalías no incluye expresamente a las rentas por derechos de imagen, consideramos que éstas estarían comprendidas en el enunciado general del artículo 24 y por tanto se consideran ingresos de fuente nacional. En efecto, al tenor del artículo 24 del Estatuto Tributario colombiano, “se consideran ingresos de fuente nacional los provenientes de la explotación de bienes materiales e inmateriales dentro del país y la prestación de servicios dentro de su territorio, de manera permanente o transitoria, con o sin establecimiento propio. También constituyen ingresos de fuente nacional los obtenidos en la enajenación de bienes materiales e inmateriales, a cualquier título, que se encuentren dentro del país al momento de su enajenación”<sup>32</sup>.

Así las cosas, los obligados a efectuar la retención por la explotación y la enajenación del derecho de imagen deberán hacerlo a una tarifa del 33%<sup>33</sup> que es la aplicable a los casos de pagos o abonos en cuenta por concepto de regalías o explotación de toda especie de propiedad industrial o del *know-how*, beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica<sup>34</sup>. Los derechos de imagen no constituyen propiedad industrial ni *know-how* y tampoco

derechos de autor, pero en cuanto derechos son intangibles. Esta problemática que evidencia el derecho interno también va a afectar –*mutatis mutandis*– la aplicación de los CDI, como veremos en breve.

Según se deduce de la situación existente en varios países, no es difícil concluir que los titulares de Derechos de imagen prefieran una jurisdicción con un nivel impositivo inferior con respecto al de su país de residencia o del país en que se lleva a cabo la presentación, espectáculo o evento deportivo. Bien es sabido, por ejemplo, que los Países Bajos son un lugar ideal para quienes obtienen rendimientos derivados del uso o derecho a usar derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, patentes, marcas, diseños o modelos, planos, procesos y fórmulas secretas e información relativa a las experiencias industriales, comerciales y científicas, así como para otros intangibles similares. La razón es bien simple. En Holanda no existe una retención en la fuente para las regalías que fluyen a través de una entidad holandesa; ésta y otras características fiscales y extra-fiscales convierten a Holanda en un país ideal en términos fiscales para los titulares de bienes inmateriales, tal como hemos demostrado con los casos de los *Rolling Stones* y de la banda U2.

### 3. Los derechos de imagen en los CDI

Las rentas derivadas de derechos de imagen no suelen estar en la agenda de negociación de los CDI como un tipo de rentas que

31 Colombia, Estatuto Tributario, Decreto 624 de 30 de marzo de 1989 con todas sus modificaciones, adiciones y reformas, artículo 24(1-7).

32 Ibid., artículo 24.

33 Ibid., artículo 240.

34 Ibid., artículo 408.

merezca una calificación independiente. Así lo demuestran los pocos convenios que se refieren a aquéllas en su articulado, entre ellos el CDI suscrito por Alemania con Singapur en el año 2004. Según este Convenio y para los efectos de su aplicación, la calificación que corresponde a las rentas derivadas del uso del nombre, la imagen o demás derechos de la personalidad no es la de regalías sino la de rentas de los artistas y deportistas. Sin embargo, aparte de lo previsto en el texto de este convenio, que no da lugar a otras interpretaciones, por lo general el tema dista de ser claro y las soluciones de ser unánimes.

La falta de unanimidad en el tema no se debe únicamente a la falta de calificación expresa de las rentas en los CDI. El tema es más complejo. Por una parte, es un hecho que la práctica de transferir a diferentes títulos elementos de la imagen es de carácter relativamente reciente. Y aunque ya viene de casi tres décadas, no fue tan fácil darse cuenta del valor de tales derechos y de las estructuras fiscales que han soportado transacciones sobre los mismos. Más aún, no es tan sencillo modificar los CDI vigentes o negociar protocolos que permitan referirse a tales rentas y eventualmente tales reformas pueden ser innecesarias. Sin embargo, parece que la tendencia es a no calificar las rentas derivadas de Derechos de imagen como regalías. Nosotros defenderemos la tesis contraria y sostendremos, además, que CDI

que siguen la estructura de los MC OCDE y ONU no permiten resolver el problema de fondo. Para tal efecto analizaremos tres aspectos que en nuestra opinión son la esencia de la problemática de los derechos de imagen en los CDI: la cualificación del derecho de imagen y su influencia en los CDI, las diferencias de calificación de las rentas según la clasificación prevista en tales convenios, y el uso de sociedades interpuestas.

### **3.1 Problemática de cualificación**

La problemática de cualificación se presenta cuando ni el convenio ni la ley tributaria definen términos que resultan fundamentales para la aplicación de los CDI<sup>35</sup>. Entonces surge la pregunta sobre las reglas que rigen la interpretación de esos términos no definidos. En la medida en que el problema hermenéutico no es el tema de este estudio, nos limitaremos a decir que en Colombia, tratándose de convenios internacionales, las reglas aplicables son las del propio CDI y de la Convención de Viena de los Tratados (CVLT)<sup>36</sup>. Conforme a la regla general de interpretación de la CVLT, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>37</sup>. En contraposición al sentido ordinario está el sentido especial, “si consta que tal fue la

35 Vogel, Klaus/Lehner, Moris: Doppelbesteuerungsabkommen: DBA der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck: München, 2003, pp. 166 y ss. También Vogel, Klaus en IFA et al.: Interpretation of Tax Treaties, Bulletin for International Fiscal Documentation; vol. XL, n. 2, 1986, p.78.

36 Aprobada mediante la Ley 32 de 1985.

37 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. U.N. Doc A/ CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, artículo 31(1).

intención de las partes”<sup>38</sup>. Por su parte, los CDI que siguen el MC OCDE prevén la remisión al derecho interno, con prevalencia de las normas fiscales del impuesto de que se trate, del país que aplica el convenio, salvo que del contexto se infiera una interpretación distinta. Así lo prevén los CDI de Colombia con España y con Chile.

Así las cosas, es necesario determinar el sentido de la expresión derechos de imagen a los efectos de la aplicación de los CDI. Consecuente con lo dicho, no está de más determinar el significado en el Derecho Tributario interno, en la normativa relativa a los impuestos de que se trate. En España, según vimos, para los efectos de la Ley del IRNR, y desde el 2002 los ingresos por el uso o derecho a usar derechos de imagen se consideran cánones o regalías<sup>39</sup>. En el pasado tal claridad no existía y, tal como veremos en breve, la calificación tributaria se determinó según la naturaleza extra-fiscal de tal derecho. En Colombia el Estatuto Tributario no trata expresamente las rentas por derechos de imagen, pero regula en varias de sus disposiciones lo relativo tanto a las regalías derivadas del uso o derecho a usar bienes inmateriales, incorporeales o intangibles (en la terminología de la Decisión 578 de la CAN) como a los pagos por su enajenación<sup>40</sup>.

#### *a. El derecho de imagen como derecho fundamental y como bien*

Con lo dicho prácticamente no haría falta mencionar que el derecho de imagen es un derecho fundamental, así no se mencione en las declaraciones de Derechos Humanos, *i.e.* la Declaración Universal de las Naciones Unidas (1948) y los pactos internacionales de Derechos Humanos (1966). No sería necesario recabar en las pocas menciones o referencias a su contenido en las Constituciones políticas y normativas internas no tributarias. En España, por ejemplo, la Constitución incluye el derecho de imagen entre los derechos fundamentales, aunque no lo define<sup>41</sup>. En Colombia, la Constitución Política (CP) no lo menciona, pero contiene disposiciones generales que permiten proteger ampliamente todo tipo de Derechos Humanos<sup>42</sup>.

Sin embargo, y no obstante la claridad sobre el ámbito de la norma tributaria colombiana en relación con pagos por el uso o enajenación de todo tipo de bienes incorporeales, inmateriales o intangibles, no está de más establecer si el derecho de imagen constituye no solo un derecho sino un bien a los efectos de la normativa fiscal. De allí que el camino recorrido por los tribunales fiscales españoles con las resoluciones y sentencias

38 *Ibid.*, artículo 31(4).

39 Inicialmente con la Ley 46 de 2002 y las posteriores modificaciones de la Ley del IRNR.

40 Colombia, Estatuto Tributario..., *supra* nota 31, artículo 24.

41 Constitución Española. Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978 y disponible a 25 de julio de 2008 en: <http://www.gva.es/cidaj/pdf/constitucion.pdf>, artículo 18.

42 Conforme a la Constitución colombiana “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”, Constitución Política de la República de Colombia, disponible en la Base de Datos Políticos de las Américas a 18 de abril de 2007 en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>, artículo 94. Por otra parte, existen varias disposiciones que se refieren a los Derechos humanos en general y los organismos competentes para velar por su protección, *e.g.* artículos 93, 118, 164, 277, 278 y 282 CP.

que hemos analizado sirva bien para avanzar en la controversia. Según demostraremos en breve, tuvieron que pasar varios años para que se reconociera el carácter patrimonial del derecho de imagen y se precisara su contenido a los efectos tributarios. En Colombia quizá no sea necesario dar tantas largas al asunto, pues ya la Corte Constitucional ha despejado en buena parte el camino.

En efecto, la falta de menciones constitucionales o legales al derecho de imagen no ha sido óbice para que la Corte precisara su contenido y alcance, vinculándolo con la protección de otros derechos. Así se deduce de sentencias en que concede su tutela en desarrollo del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>43</sup>, reconocidos expresamente por la CP<sup>44</sup>. Las decisiones de la Corte Constitucional colombiana dan cuenta de que el derecho de imagen es un derecho fundamental<sup>45</sup>, “personalísimo”<sup>46</sup>. Según la Corte, la tutela de este derecho, así como la de los derechos a la honra, el honor y la intimidad, corresponde “no tanto en relación con todas las personas, cuanto en referencia a quienes

por especiales razones, políticas, artísticas, deportivas, científicas, etc., tienen una vida privada que trasciende al público. Es decir, quienes por razón de la proyección de su imagen en la sociedad, tienen que correlativamente admitir el costo de una intromisión en su vida privada”<sup>47</sup>. Dicha tutela no se limitaría a las personas naturales, también corresponde a las personas jurídicas<sup>48</sup>.

La Corte se refiere a la imagen también como a “la representación externa del sujeto”<sup>49</sup>, con “asiento” en la persona de la cual emana<sup>50</sup> y se trataría de “un conjunto de elementos relacionados con las peculiaridades del sujeto”<sup>51</sup>, de “las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad”<sup>52</sup>. A su turno, el derecho a la imagen comprendería “la facultad de disponer de su apariencia y de su privacidad, autorizando o no la captación y difusión de ella”<sup>53</sup>, conforme con “las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores”<sup>54</sup>.

43 En cuanto se produzca la disposición del Derecho de imagen. Corte Constitucional, Sentencia de 6 de marzo de 1996, T-090, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada a su vez en Corte Constitucional, Sentencia de 6 de julio de 1999, T-471-99, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Todas las sentencias de la Corte están disponibles en <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

44 Constitución Política, artículos 14 y 16, respectivamente.

45 Corte Constitucional, Sentencia de 22 de julio de 1996, T-322-96, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Así mismo en Corte Constitucional: Sentencia de 2 de febrero de 2000, T-094-00, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

46 Corte Constitucional, sentencias T-094-00, T-090-96 y T-471-99, *supra* notas 45 y 43.

47 Corte Constitucional, sentencia T-322-96, *supra* nota 45.

48 Corte Constitucional, sentencia T-094-00, *supra* nota 45.

49 Corte Constitucional, sentencia T-090-96, *supra* nota 43.

50 Corte Constitucional, sentencias T-090-96, T-471-99, *supra* nota 43.

51 Corte Constitucional, sentencia T-471-99, *supra* nota 43.

52 *Ibid.*

53 Corte Constitucional, sentencia T-094-00, *supra* nota 45.

54 Corte Constitucional, sentencia T-090-96, *supra* nota 43.

Además de lo anterior, en la jurisprudencia de la Corte se destacan cuatro aspectos fundamentales para la comprensión de la dimensión económica del derecho de imagen. Por una parte, su condición de derecho o bien<sup>55</sup>. Por otra, la posibilidad de disponer de aquél y por tanto, su autonomía, sin que ello menoscabe su condición de derecho personalísimo<sup>56</sup>. Adicionalmente, la Corte ha precisado que la facultad de disponer del derecho de imagen no se limita a los usos privados sino que comprende también la explotación comercial<sup>57</sup>. Finalmente, y vinculado con lo anterior, la Corte ha enfatizado en la necesidad de contar con el consentimiento de su titular para tal disposición<sup>58</sup>. La falta de consentimiento o su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, así como su apropiación ilícita o utilización no convenida, conlleva a la afectación-violación del derecho<sup>59</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, en Colombia el derecho de imagen además de ser reconocido como un derecho personal también se identifica su carácter de bien (claramente incorporal), que posee una dimensión económica y no solo por la indemnización que se derivaría por su uso abusivo o no autorizado, sino especialmente con la posibilidad

de realizar una explotación comercial. En otras palabras, que el Derecho de imagen es un bien sobre el cual es posible realizar negocios jurídicos pero con unos límites que le son inherentes por su condición de derecho fundamental. Esto, bajo la perspectiva fiscal, en el ámbito del derecho interno tiene consecuencias y a los efectos de los CDI también, en la medida en que es necesario determinar si esa condición de intangible y la calificación interna correspondiente a los pagos por negocios que recaigan sobre aquél será la misma en la aplicación del convenio. En otras palabras, si el sentido que atribuye el derecho interno es el que ha de atribuirse bajo el tratado, en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, tal como prevé la CVLT.

#### *b. Aplicabilidad de las disposiciones sobre propiedad intelectual e industrial*

La aplicabilidad de las disposiciones sobre propiedad intelectual e industrial a los derechos de imagen en aplicación de un CDI es una cuestión relativa y en algunos casos dudosa. El hecho de que la imagen esté configurada no sólo por el rostro, sino también por otros elementos como el nombre

55 Corte Constitucional, sentencias T-090-96, T-471-99, *supra* nota 43.

56 Corte Constitucional, sentencias T-094-00 y T-471-99. La Corte ha hecho referencia a este aspecto también como “la relativa disponibilidad de la propia imagen”. Corte Constitucional, sentencia T-090-96... *supra* nota 43. En desarrollo de lo dicho es destacable el reconocimiento de la Corte en el sentido de que “la libertad en las relaciones contractuales permite que el titular del objeto protegido -la propia imagen- autorice a otros, inclusive con fines comerciales, para su uso y difusión, pero sin que pueda entenderse que la autorización así conferida implique la renuncia al derecho fundamental del que se trata”. Corte Constitucional, sentencia T471-99... *supra* nota 43

57 Según la Corte: “En otras palabras, cuando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquéllas es lícita”. Corte Constitucional, sentencia T471-99, *supra* nota 43.

58 Corte Constitucional, sentencias T-094-00, T-090 y T471-99, *supra* notas 45 y 43.

59 Según se expresa en jurisprudencia reiterada por la Corte, e.g. Corte Constitucional, sentencias T-094-00s, T-090-96, T-471-99, *op. cit.*

personal y/o artístico, la voz o incluso la figura hace necesario precisar hasta qué punto cada uno de estos elementos se encuentra bajo el ámbito de protección de normativas como la de los derechos de autor, el nombre comercial o la de marcas que son algunos de los bienes cuyas rentas por el uso dan lugar a regalías en los CDI. Por ejemplo, el nombre comercial (comprensivo de nombres individuales, apellidos, entre otros), está protegido sin necesidad de registro, forme o no parte de una marca<sup>60</sup>. Pero incluso en la perspectiva de la normativa sobre marcas existen restricciones derivadas tanto de su carácter de derecho personal, como de los usos comerciales que pueden conllevar a la negación de su registro<sup>61</sup>.

La posibilidad de proteger un nombre comercial como marca ha inducido a algunos autores a afirmar que las remuneraciones por el uso del nombre podrían asimilarse a las de las marcas, incluso cuando no exista registro de las mismas<sup>62</sup>. Más aún, en España algunos han sostenido que con la introducción de la posibilidad de registrar la imagen que identifique tanto al solicitante como a una persona distinta de aquél, es posible que su explotación para el uso en productos o por vía de la publicidad se haga por la vía de contratos

de uso de marcas y que las rentas puedan considerarse como cánones o regalías<sup>63</sup>. Sin embargo, en países como Italia, la doctrina niega que el nombre comercial se trate de una marca, aunque se asimile a ella<sup>64</sup>.

No obstante lo anterior, e incluso en casos de notoriedad de la imagen o renombre del nombre, la protección no suele invocarse a través del derecho de marcas. O mejor aún, el impacto del derecho de imagen –trátese del nombre u otro de sus elementos–, en tanto derecho humano, derecho fundamental, es mayor que el del derecho de marcas u otro derecho de propiedad intelectual o industrial. En este sentido la Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana (SIC) no podría ser más clarificadora. En efecto, en consideración al carácter de derecho fundamental del derecho de imagen la Superintendencia precisó que “para el despacho son sustancialmente distintos el derecho que tiene el autor o el titular de los derechos patrimoniales sobre una fotografía para autorizar su reproducción, del derecho que tiene una persona para impedir que terceros utilicen su imagen con fines comerciales”<sup>65</sup>. En este caso se trataba de la imagen de Juan Pablo Montoya estampada en cartas o láminas adheridas a los empaques

60 Convención General Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929. Aprobada por la Ley 59 de 25 de marzo de 1936 y depositada el 22 de julio de 1936, arts. 1.º y 14.

61 *Ibid.*, art. 16 (a, b).

62 Jiménez Compaired, Ismael, *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 98.

63 Tovillas Morán, José María, *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 130.

64 En referencia a la doctrina italiana: Trivoli: Taxation of non-resident entertainers in Italy, 49th Congress of the International Fiscal Association, Cannes: 1995, XXd, The Hague, publ. Kluwer Law Internacional, 1996, pp. 65 y ss.

65 Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Delegatura de Promoción de la Competencia: Resolución 4987 de marzo 9 de 2004, expediente 2085856, disponible a 25 de julio en: [http://www.sic.gov.co/Normatividad/Doctrina\\_jurisprudencia/2004/Marzo/Resolucion\\_4987\\_2004-03\\_09\\_difusion.php](http://www.sic.gov.co/Normatividad/Doctrina_jurisprudencia/2004/Marzo/Resolucion_4987_2004-03_09_difusion.php)

de Productos Yupi S. A. Si bien es cierto que se hubiera podido invocar la notoriedad de la imagen del deportista (como marca), no se hizo y por razones que son más que claras. El derecho de imagen va más allá de la normativa de propiedad industrial.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si lo mismo se predica en el ámbito del derecho de autor, en la medida en que es posible plasmar la imagen a través de fotografías u otras obras protegidas por esta vía. En este sentido hay que decir que, al menos en Colombia, “los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación”<sup>66</sup>. El problema que se advierte es que la imagen como tal no es una obra, al menos no en la perspectiva autoral. Incluso si nos referimos a las fotografías, que pueden estar bajo el ámbito de protección del derecho de autor, lo protegido para los efectos del derecho de autor no es la imagen contenida en una fotografía sino la fotografía en cuanto obra. En este sentido la Resolución de la SIC es bien clara: el derecho sobre una fotografía es distinto al derecho que una persona tiene sobre su imagen<sup>67</sup>.

Lo anterior no niega que los artistas sean titulares de otros derechos de propiedad intelectual que involucren la imagen. Lo son, pero no a título de derechos de autor. Los artistas son titulares de derechos conexos y respecto de éstos se les reconoce derechos morales y derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras o fijadas en fonogramas<sup>68</sup>. Entre los derechos morales cuenta el derecho a que su nombre se vincule a sus interpretaciones o ejecuciones y a ser reivindicado como el artista intérprete o ejecutante de éstas, independientemente de la cesión de derechos patrimoniales<sup>69</sup>. Sin embargo, para los efectos de nuestro estudio hay que decir que esto no es suficiente para decir que las rentas se califiquen como regalías bajo un CDI –que de hecho no incluyen derechos conexos bajo su ámbito–, es necesario analizar la calificación en cada caso concreto.

### 3.2 Problemática de calificación

Resolver el problema de calificación del derecho de imagen no es suficiente para determinar la calificación de las rentas bajo un CDI. Es necesario determinar la razón de ser de los pagos y características vinculadas al mismo bajo la óptica de la clasificación de

66 Conforme a las disposiciones del derecho interno, en este caso de la Ley 23 de 1982, artículo 2, como de la normativa subregional y de los convenios internacionales vigentes.

67 SIC (2004), Resolución 4987..., *supra* nota 65.

68 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, 1996), WIPO: Ginebra, 1997. Este tratado se depositó por Colombia ante el Director de la OMPI el 29 de noviembre del año 2000 y entró en vigencia el 20 de mayo del 2002. Los derechos morales que hemos mencionado no se reconocían en la Convención de Roma de 1961. Organización Mundial de la Propiedad intelectual: Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Interpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, WIPO: Ginebra, 1961.

69 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996)..., *supra* nota 68, art. 5(1).

los ingresos prevista por el respectivo CDI. La calificación de las rentas es importante por varias razones. Por una parte, permite la adecuada aplicación del CDI, por otra, la correcta distribución de los rendimientos conforme a lo pactado por los países contratantes. La calificación está determinada por el texto del CDI, de ahí que su adecuada negociación y redacción sean importantes. Actualmente la mayoría de las negociaciones de CDI se basan en los Modelos de Convenio (MC) proyectados y/o recomendados por Organizaciones Internacionales (OI) tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>70</sup> y la Organización de Naciones Unidas (ONU)<sup>71</sup>. Estos MC contienen una estructura básica similar para la calificación de los ingresos que son objeto del tratado, aunque el ámbito de los rendimientos objeto de la clasificación y las reglas de distribución de las rentas suelen variar.

Los CDI que siguen la estructura de los MC OCDE y ONU prevén una regla general que asigna al país de residencia del contribuyente la totalidad de las rentas de beneficios empresariales, salvo que su actividad se desarrolle por medio de un establecimiento permanente en el otro país, en cuyo caso el país de residencia del establecimiento permanente tendrá derecho a los rendimientos atribuibles a este último<sup>72</sup>. Adicionalmente, la calificación de los ingresos será la de beneficios empresariales salvo que los be-

neficios incluyan clases de renta que el CDI trata separadamente en otro(s) artículo(s), cada uno de los cuales prevé su regla de distribución y particularidades<sup>73</sup>. Este último es el caso de los dividendos, intereses, regalías, ganancias de capital, rentas del empleo, servicios personales independientes, artistas y deportistas, entre otros.

Los rendimientos especiales indicados no siempre forman o han formado parte de los ingresos a que se refieren los MC y los CDI. Por ejemplo, las rentas derivadas de la prestación de servicios se tratan también como beneficios empresariales en el MC OCDE desde el año 2003, mientras que bajo el MC ONU las rentas de servicios personales independientes se tratan de forma separada y también se atribuyen al país de la residencia, pero con la posibilidad de atribuir las rentas al país del que provienen los pagos bajo ciertas condiciones. La prestación de servicios como tal no supone la transmisión a ningún título de propiedad tangible o intangible. Si este es el caso la calificación variará según se trate simplemente del uso o de la enajenación de los bienes.

Si se trata de pagos por el uso o derecho a usar los bienes inmateriales que enuncie la definición, es posible que el artículo aplicable sea el de regalías. Este último regula los rendimientos derivados del uso o derecho a usar derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, patentes, marcas, diseños o modelos, planos, procesos y

70 En la versión más reciente, OECD (2005), Model Tax Convention on Income and on Capital, *supra* nota 1.

71 La ONU ha presentado dos MC, el primero en 1980 y el segundo en el 2001, véase United Nations, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, editado por ONU, Nueva York, 2001.

72 MC OCDE, artículo 7(1).

73 MC OCDE, artículo 7(7).

fórmulas secretas e información relativa a las experiencias industriales, comerciales y científicas. A diferencia del actual MC OCDE, el MC ONU también incluye los pagos derivados del uso de equipos industriales, comerciales y científicos. El CDI colombo-chileno incluye en el ámbito de las regalías todos los mencionados anteriormente y, además considerará dentro de este concepto otra propiedad intangible y los servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría<sup>74</sup>. El CDI hispano-colombiano incluye todos los anteriores bienes y servicios<sup>75</sup>, pero no incluye “otra propiedad intangible”. Las reglas de distribución de las regalías varían. Mientras que en el MC OCDE se atribuyen al país de residencia del beneficiario efectivo de los pagos, bajo el MC ONU se acepta que el país del cual proviene la renta ejerza una retención tributaria limitada.

A diferencia de las regalías, los rendimientos derivados de la enajenación de cualquier bien o derecho de los enunciados anteriormente, así como de otros bienes que se especifican en los artículos sobre ganancias de capital de los MC, el presupuesto fundamental para la aplicación del artículo sobre ganancias es la enajenación de tales bienes. En este caso las rentas suelen atribuirse al país de residencia del enajenante, con pequeñas diferencias entre el MC OCDE y el MC ONU. Finalmente, entre los artículos relevantes a los efectos de nuestro estudio está el relativo a las rentas derivadas de las actividades ejercidas por artistas y/o deportistas en su condición de tal en uno de los

países contratantes. En el MC OCDE y en el MC ONU tales rentas se atribuyen al país en que se realiza la actividad artística o deportiva. En ambos casos se prevé también que en caso de que un tercero perciba los ingresos derivados de las actividades realizadas por el deportista o artista tales rentas podrían gravarse por el Estado en el que se realizó la presentación, con independencia de lo previsto en los artículos sobre beneficios empresariales y las rentas del empleo<sup>76</sup>. El CDI hispano-colombiano sigue el MC OCDE en lo relativo a las rentas de artistas y deportistas y el CDI colombo-chileno también, aunque con una variación en el apartado 1 del artículo 17 que amplía la calificación a las rentas derivadas de cualquier actividad personal ejercida en el otro Estado contratante relacionada con su renombre como artista o deportista<sup>77</sup>.

Así las cosas, las diferencias de calificación entre los beneficios empresariales, servicios, regalías, ganancias de capital y rentas de los artistas y deportistas tendrá especial impacto dependiendo de las reglas de distribución pactadas. Bajo el MC OCDE todos estos rendimientos están asignados al país de la residencia, salvo las derivadas de la presentación de artistas y deportistas. En cambio, bajo el MC ONU las regalías se atribuyen parcialmente al país de la fuente. En el caso de los CDI hispano-colombiano y colombo-chileno hay que decir que se sigue en buena medida lo previsto en los MC a que hemos hecho referencia. La regla general es la de la calificación como beneficios empresariales salvo que se dé la aplicación

74 CDI colombo-chileno, artículo 12(3).

75 CDI hispano-colombiano, artículo 12(3).

76 Artículo 17(2).

77 Artículo 17.

de alguno de los artículos relativos a los rendimientos especiales<sup>78</sup>, con atribución al país de residencia. Las rentas de regalías se atribuyen al país de residencia, con posibilidad para el país del que procedan de quedarse con un 10% del importe bruto siempre que se den las condiciones que el CDI menciona<sup>79</sup>. Las rentas derivadas del Derecho de imagen no se mencionan expresamente en el ámbito de aplicación del artículo de regalías, aunque según hemos indicado ya, el CDI Colombo-Chileno incluye la mención a “otra propiedad intangible”<sup>80</sup>.

Conforme a la estructura descrita, una calificación de las rentas acorde con la clasificación de los ingresos establecida en los CDI no debería presentar mayores dificultades. Sin embargo, en la práctica se evidencian muchos problemas para su aplicación. Por una parte, existen claras dificultades para la delimitación del ámbito de los rendimientos en las negociaciones de los CDI, especialmente cuando se trata de convenios entre países desarrollados y países en desarrollo<sup>81</sup>. Por otra, existen diferencias en la interpretación de los términos de que se valen los convenios, y además, los conflictos de calificación de las rentas no son infrecuentes y suelen terminar en la doble imposición internacional del contribuyente. Esto no es menos cierto en los casos relativos a la calificación de las rentas obtenidas por el uso de derechos de imagen en los pronunciamientos administrativos y judiciales. Un recuento de

las tendencias seguidas en la jurisprudencia y las decisiones administrativas de varios países nos servirá tanto para ilustrar las dificultades existentes como para confirmar la dificultad del tema.

#### *a. Aplicabilidad del artículo relativo a los beneficios empresariales*

Entre los pocos pronunciamientos judiciales españoles sobre la calificación de los ingresos por derechos de imagen cuenta uno de la Audiencia Nacional (AN), del 2003. En este caso la AN sostuvo que los ingresos derivados de la cesión de uso de los derechos de imagen y difusión publicitaria del nombre e imagen de “Julio I”, pagados a una entidad holandesa por Viajes Halcón S. A., son beneficios empresariales bajo el ámbito del CDI hispano-holandés en razón de, por una parte, la falta de un establecimiento permanente o base fija de la entidad holandesa en España y, por otra, de la improcedencia del artículo 17(2) MC OCDE, en tanto que no se encuentra contenido en el texto del convenio<sup>82</sup>.

Por su parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en Resolución del año 1996 y en aplicación del CDI hispano-holandés, sostuvo que las cantidades abonadas por una sociedad española a otra residente en los Países Bajos por los derechos de co-esponsorización y patrocinio de la actuación de los *Rolling Stones* en Espa-

78 Artículo 7 en los dos CDI.

79 Artículo 12 en los dos CDI.

80 Artículo 12(3).

81 Que suelen tener un ámbito mucho más amplio que los CDI que se negocian solo entre países desarrollados.

82 AN: Sentencia de 3-10-2003, JT2003\230, Viajes Halcón S.A. contra resolución del TEAC, ponente: Isabel García García Blanco, Madrid, base de datos Aranzadi, fundamento de derecho (fd) 3.

ña durante cuatro días del mes de junio de 1990 constituyen beneficios empresariales y no rentas de los artistas o de servicios dependientes o independientes, en tanto que la percepción no se produjo por los miembros de la banda y tampoco por un establecimiento permanente en España. Según el TEAC, a falta de la cláusula antielusión, es improcedente aplicar los comentarios al MC OCDE, pues ello modificaría lo previsto en el artículo 7 del CDI<sup>83</sup>. El TEAC se pronunció de forma similar en el año 2000, en otro caso que involucraba a los *Rolling Stones* y una sociedad interpuesta, con residencia fiscal en Holanda, que había cedido el derecho al uso del nombre de la banda para la promoción de un concierto en España, que también se había obligado a suministrar<sup>84</sup>.

*b. Aplicabilidad del artículo relativo a las rentas de artistas y deportistas*

El TEAC también ha defendido que la calificación que corresponde a los ingresos derivados del uso de derechos de imagen bajo los CDI es la de rentas de los artistas y deportistas. En todos los casos el titular de los derechos de imagen era una sociedad interpuesta. En uno, por ejemplo, los artistas habían celebrado contratos con un promotor español en los que se comprometían a realizar conciertos o presentaciones en España en fechas determinadas y, a su vez, el pro-

motor suscribió contratos con una sociedad interpuesta (holandesa) que era la titular del derecho a mostrar y explotar los productos de sus actividades, el derecho a usar el nombre, fotografías, retratos de los artistas y grabar o reproducir su voz y apariencia para anunciar, explotar y exhibir cualquiera de las actividades desarrolladas por los artistas, entre otros<sup>85</sup>. En otro, el contrato se celebró directamente entre dos entidades, una residente en España y otra en Holanda. La holandesa se comprometió a la prestación de servicios de la banda musical en España y a su vez facultó a la española al uso del nombre de la banda<sup>86</sup>. En ocasiones los pagos eran por co-patrocinio y la sociedad interpuesta (holandesa también) era titular tanto de las rentas del trabajo como de los derechos de imagen<sup>87</sup>.

Los argumentos que apoyan la tesis de los tribunales son variados. Así, en aplicación del CDI hispano-holandés, que involucraba el derecho de imagen de “Julio I” y el uso de sociedades interpuestas en los Países Bajos, el TEAC sostuvo, en el año 2000, que existe una vinculación entre las rentas derivadas del ejercicio del derecho de imagen y el artículo 18 del convenio. Dicha vinculación tendría tres fundamentos. Por una parte, el derecho interno, según el cual los rendimientos obtenidos en relación con la actuación personal de artistas o deportistas en territorio español se consideran rentas obtenidas o

83 TEAC: Resolución de 20-10-1992, RG n.º 10/1991, JT1992\577, Madrid, base de datos Aranzadi, considerando 2.

84 TEAC: Resolución de 26-05-2000, reclamación económico-administrativa n.º 2634/1996, JT2000\1238, Madrid, base de datos Aranzadi, fd. 4.

85 TEAC: Resolución de 8-09-2000, reclamación económico-administrativa n.º 2765/1996, JT2000\1847, Madrid, base de datos Aranzadi, fundamentos de hecho.

86 TEAC, JT2000\1238, *supra* nota 84, fd. 4.

87 TEAC: Resolución de 6-11-1996, recurso de Alzada núm. 8375/1993, JT1996\1666, Madrid, base de datos Aranzadi, fd. 3 y 5. Así mismo en TEAC, JT1992\577, *supra* nota 83, considerando 2.

producidas en territorio español aun cuando se atribuyan a persona o entidad distinta del artista o deportista<sup>88</sup>; por la otra, el MC y los Comentarios MC OCDE vigentes en el año 2000. Según el TEAC, el apartado 2 del artículo 17 MC OCDE enmarca bajo el ámbito de las actuaciones artísticas a las rentas derivadas de las actividades ejercidas por un artista o deportista personalmente y en calidad de tal<sup>89</sup>. Adicionalmente, los Comentarios al MC OCDE “permiten cuando la remuneración no es abarcada directamente al artista o deportista tratar las rentas como si fueran percibidas directamente por el individuo y exigir la renta percibida por la entidad en favor del individuo por razón del espectáculo, aun cuando dicha renta no le sea abonada efectivamente en forma de remuneración”<sup>90</sup>.

El tercer fundamento es de especial interés. Según el TEAC, existe una proximidad entre el derecho de imagen, que es un derecho de carácter personal, con las cualidades artísticas, que también poseen carácter personal y que serían la causa y presupuesto del derecho de imagen. Según el TEAC no se trataría de un derecho patrimonial sino de la personalidad y por tal razón su titular no podría desprenderse enteramente de aquél. Conforme a la resolución: “se trata de un derecho ejercitable ‘erga omnes’, y en ello descansa la facultad de su aprovechamiento, la posibilidad de usar el nombre, la voz o la imagen, como expresa el artículo 7.6, en relación con el 2.2 de la Ley de 1982, para fines publicitarios, comerciales o de natura-

leza análoga, como si se tratara de un bien patrimonial. Ello no debe conducir, sin embargo, a considerar este derecho como un derecho patrimonial, porque el consentimiento al que se refiere el artículo 2.2 de la Ley Orgánica tan sólo reduce el ámbito protegido, pero no implica el desprendimiento absoluto y definitivo del derecho sino únicamente la parcial entrega, y para determinados fines, de alguna de las facultades que lo integran. De lo expuesto se desprende que en el caso de la cesión del derecho de imagen, el cesionario no se subroga en la posición jurídica del titular”<sup>91</sup>.

### *c. Aplicabilidad del artículo sobre cánones o regalías*

En Resolución de 2003 y en aplicación del CDI hispano-brasileño, el TEAC sostuvo, sorprendentemente, que corresponde calificar como cánones o regalías los pagos derivados de la cesión temporal de los Derechos de imagen de un jugador por una sociedad “LTDA.” –titular de tales derechos–, a un CLUB X, que de forma exclusiva comercializaría o explotaría la imagen del jugador durante la vigencia del contrato. En este caso la aproximación al derecho de imagen fue distinta a las que mencionamos anteriormente. El TEAC diferenció entre el derecho a la propia imagen, un derecho reconocido constitucionalmente, y el derecho a su explotación económica, que puede ser cedido por su titular a un tercero sin que por ello se produzca el desprendimiento absoluto

88 Conforme a lo previsto en el artículo 70,1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta aprobado por Real Decreto 1841/1991.

89 TEAC, JT2000\1847, supra nota 85, fd. 5.

90 Ibid., fd. 5.

91 Ibid., fd. 4.

y definitivo del derecho, únicamente, según afirmó el Tribunal, “la parcial entrega, y para determinados fines, de alguna de las facultades que lo integran, no subrogándose el cesionario, en caso de cesión, en la posición jurídica del titular”<sup>92</sup>.

La decisión causa sorpresa por varias razones. En primer lugar, porque por primera vez se le reconocía al derecho de imagen su carácter patrimonial o *cuasi-patrimonial* a los fines de calificación de las rentas en un CDI<sup>93</sup>. En segundo lugar, porque el TEAC se amparó en el CDI para afirmar que la definición de cánones es “una definición flexible, dentro de la que cabe incluir realidades nuevas que respondan a la naturaleza de las categorías variadas recogidas en la definición del artículo 12, cuyo nexo común es el de ser cantidades pagadas a cambio del derecho a utilizar con fines comerciales imágenes, textos, nombres, conocimientos, etc., cuyo derecho de reproducción y utilización es privativo de la persona a quien se satisfacen”<sup>94</sup>. En tercer lugar, porque según el TEAC existen “grandes afinidades” de la explotación comercial de la imagen con el derecho de autor y las marcas. Más aún, el Tribunal afirmó que con la incorporación de la imagen en todo tipo de soportes físicos como libros, camisetas, etc., se “generan” derechos de autor<sup>95</sup>.

Evidentemente, bajo los fundamentos indicados, y teniendo en cuenta que la definición de cánones del Convenio hispano-brasileño se refiere en exclusiva a: “las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas (incluidas las películas cinematográficas, filmes o cintas de grabación de programas de televisión o radiodifusión), de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el uso o la concesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos y por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”<sup>96</sup>; sin indicar la aplicabilidad a derechos similares, pues no cabe duda de que hace falta o ser valiente y demasiado arriesgado para ir más allá de lo que el texto de un CDI permite, o realmente entender que, de lo que se trata es de pagos relacionados con el uso o derecho a usar uno o varios de los derechos enunciados por la definición, por ejemplo de un derecho de autor sobre obras artísticas, o de marcas. El TEAC afirmó que existían afinidades, pero no dijo que se tratara de tales derechos. También afirmó que se creaban derechos de autor con la incorporación de la imagen, pero no sustentó su afirmación.

92 TEAC: Resolución de 20.09.2003, reclamación económico-administrativa n.º 2347/2002, JT2004\315, base de datos Aranzadi, fd. 8.

93 Según el TEAC: “se trata de un derecho ejercitable *erga omnes*, y en ello descansa la facultad de su aprovechamiento, la posibilidad de utilizar el nombre, la voz, o la imagen, como expresa el artículo 7.º 6, en relación con el 2.º 2 de la citada Ley Orgánica de 1982, para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, como si se tratara de un bien patrimonial”. Ibid., fd. 8.

94 Ibid., fd. 9.

95 Ibid., fd. 9.

96 Convenio entre el Estado español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, 14 de noviembre, 1974, Instrumento de Ratificación, BOE de 31 de diciembre de 1975, España, artículo 12(3).

*d. Ninguno de los anteriores*

En aplicación del CDI hispano-holandés, la AN también ha afirmado que los pagos realizados por el Club Deportivo Espanyol de Barcelona por la cesión de derechos de imagen de diversos futbolistas a una entidad residente en Holanda, si bien son cánones desde la expedición de la Ley 46 de 18 de diciembre de 2002 no siempre lo han sido, y no necesariamente lo son a los efectos del convenio internacional o de la Directiva 2003/49/CE, que no incluyen las rentas derivadas del uso o derecho a usar derechos de imágenes bajo el ámbito de las regalías. Por tal razón, considerando la sentencia de la AN a que hicimos referencia anteriormente sobre la calificación de este tipo de rentas como cánones (JT 2003/230), en esta ocasión la sentencia admite la indebida aplicación del artículo 12 del CDI hispano-holandés.

La decisión de la AN se apoya en varios fundamentos. Por una parte, sostiene que ha habido una indebida aplicación de la analogía al hecho imponible, que se encuentra proscrita por el derecho interno y que no es posible aplicar las disposiciones sobre derechos de autor como se hizo en los casos relativos a pagos por programas de ordenador. Por otra, la AN sostiene que no es posible invocar una definición flexible del concepto de canon ni hacer una aplicación integradora de la norma, pues esta última equivale a la aplicación analógica y por tanto “no es posible integrar para extender el ámbito del hecho

imponible”<sup>97</sup>. Según la AN, la protección que se dispensa a los derechos de autor y al derecho de imagen consta en diferentes artículos de la Constitución española (artículos 18.1 y 20.1.b) y por tal razón: “tratándose de derechos fundamentales de objeto y contenido diferente, el hecho imponible que se refiera a uno de ellos no implica necesariamente que se extienda al otro”<sup>98</sup>.

Según deducimos de la sentencia, el juez no considera necesario entrar en el examen de la naturaleza de los derechos de imagen a los efectos del CDI<sup>99</sup>. Sin embargo, la sentencia no parece apoyar la tesis de que las rentas derivadas de su “cesión” sean cánones a los efectos del convenio, dado que su definición de cánones no incluye los derechos de imagen, y que, incluso si se apoyara en los comentarios al MC OCDE, de acuerdo con estos “los derechos de publicidad están fuera del contexto del art. 12”<sup>100</sup>. Así, la AN llega a afirmar que: “la interpretación de la Agencia Tributaria en el sentido de que el precepto incluye las cantidades pagadas a cambio del derecho a utilizar con fines comerciales, imágenes, textos, nombres, conocimientos, tal como es recogido en el informe de la Dirección General de Tributos de 25 de junio de 2001, no se ajusta ni a la letra ni al espíritu del convenio, siendo así que la aplicación efectuada por la Administración tributaria del art. 12 excluiría la aplicación de otros preceptos previstos en el convenio, que por otro lado, tampoco son aplicables al caso, pues el art. 7 se refiere a los bene-

97 AN: Sentencia de 18-07-2007, JUR2007\252623, Club Deportivo Espanyol de Barcelona contra resolución del TEAC, ponente: Javier Eugenio López Candela, Madrid, base de datos Westlaw, Thomson/Aranzadi, fd. 4.

98 Ibid., fd. 4.1.

99 Ibid., fd. 4.4.

100 Ibid., fd. 4.3.

ficios obtenidos por empresas que tengan establecimiento permanente, y el art. 18 se refiere a las rentas de artistas y deportistas percibidas por actuación personal, como se dijo en la SAN de esta Sala de 3.10.2002 (JT 2003, 230), pero no a las empresas que perciban las rentas derivadas de la cesión de los derechos de imagen, como ocurre en el supuesto de autos”<sup>101</sup>.

#### e. *Sociedades interpuestas*

La existencia de sociedades interpuestas es un factor determinante en la calificación de las rentas. Es tan importante que, según demuestra la jurisprudencia española (3.2.a), el hecho de que los rendimientos derivados de la explotación de los derechos de imagen se produjera no por el artista o deportista mismo sino por compañías distintas en otro país (el Reino de los Países Bajos en la mayoría de los casos), la inexistencia de una cláusula antielusión en el CDI y la falta de un establecimiento permanente en España al que pudieran atribuirse las rentas, han tenido como consecuencia la calificación de los rendimientos como beneficios empresariales sobre los cuales no es posible ejercer ninguna retención en España. En otras palabras, la calificación no es la misma si las rentas derivadas de derechos de imagen se pagan al artista o deportista que si se pagan a una sociedad interpuesta.

La transferencia de titularidad de los derechos de imagen a los efectos de su explotación por una tercera persona, al igual que la transferencia de otros intangibles no es ninguna práctica proscrita por la ley; es una práctica legítima y legal<sup>102</sup>. La planeación fiscal u optimización de los recursos no es tampoco contraria a la ley y mucho menos tratándose de la competencia fiscal internacional. Sin embargo, el abuso de dichos recursos con fines de defraudación del fisco sí que lo es. Entonces, el problema es determinar cuándo aquellas prácticas se realizan única y exclusivamente con el fin de evadir impuestos o de hacer un uso abusivo de los CDI. Trazar la línea no es una tarea fácil y hacer uso de los CDI para evitar la situación tampoco lo es.

Por cuanto la práctica de crear sociedades interpuestas se fue tornando abusiva, comenzaron a introducirse algunas disposiciones para prevenir dichos excesos. Así surgió la cláusula antielusión del apartado 2 del artículo 17 del MC OCDE. Sin embargo, la cláusula no es remedio para todos los males ni todos los CDI vigentes la contienen<sup>103</sup>. Como sabemos, el artículo 17 del MC OCDE atribuye una categoría específica dentro de la clasificación de las rentas a las derivadas de las actividades de artistas y deportistas realizadas en su condición de tal. Más aún, desde 1977 prevé la posibilidad de omitir las disposiciones sobre beneficios empresariales

101 Ibid., fd. 4,3.

102 En detalle sobre las razones jurídicas y económicas que condujeron a la creación de entidades interpuestas, Groenen AGM, Buitrago E. *Tax Treaty Characterisation of Income Derived from Personality Rights*, part I, Financial and Economic Law Review n. 3, Pekín University, 2006, pp. 168 y ss.

103 Sobre las consecuencias de esta situación Vogel, Klaus/Engelschalk, Michael/Görl, Maximilian/Hemmelrath, Alexander/Lehner, Moris/Pöllath, Reinhard/Rodi, Michael/Stockmann, Frank/Tischbirek, Wolfgang: Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice, 3aed., London, Kluwer Law International, 1997, art.17, número marginal 50, p. 996.

y rentas del empleo (arts. 7 y 15) cuando los artistas y deportistas perciben rentas a través de sociedades interpuestas. En el caso del MC ONU esto se predica también respecto de las rentas de servicios personales independientes (art. 14)<sup>104</sup>.

No obstante lo anterior, el artículo 17 del MC OCDE no indica que las rentas de regalías deban subsumirse bajo su ámbito de aplicación. Más aún, según los Comentarios al MC OCDE, frecuentemente los artistas reciben pagos por regalías, patrocinio o publicidad. Mientras que los primeros se encontrarían bajo el ámbito de las rentas de cánones o regalías, los segundos no. Por el contrario, las rentas derivadas del patrocinio o la publicidad se encontrarían comprendidas por el artículo 17<sup>105</sup>. Pero más importante aún, también en el caso de los derechos de imagen como de otros intangibles, no siempre serán los artistas o deportistas quienes formalmente perciban los ingresos derivados de aquéllos. En muchos casos el beneficiario efectivo será una compañía interpuesta y para esta última las rentas son beneficios empresariales. ¿Supera el artículo 17(2) u otro artículo del CDI esta circunstancia?

Lo normal en el caso de los artistas de renombre y fama internacional es que exista no sólo una compañía interpuesta sino muchas, es posible que una de ellas sea la titular de los derechos (y que los artistas o deportistas sean socios de ella) y otra será la encargada de administrar la explotación de la propiedad intangible (licenciar, sublicenciar, etc.) y de recibir los pagos a su nombre o en representación de otro grupo de compañías o de ter-

ceros. Las actividades de dichas compañías pueden variar dependiendo del propósito perseguido y con el paso del tiempo han adquirido un nivel de especialización extraordinario, robusteciéndose continuamente frente a las exigencias probatorias fiscales. Por lo general existen dos tipos, las licenciantes (*licensing company*) y las transmisoras o intermediarias de las regalías (*royalty conduit company*). Todas estas compañías suelen tener su residencia fiscal en diferentes países (i.e. Países Bajos, Antillas holandesas, Suiza), de suerte que pueda aprovecharse las ventajas fiscales que ofrecen algunos, trátese de paraísos fiscales o no. Los más interesantes a los fines de nuestro estudio son aquellos países como Holanda que no ejercen retención tributaria sobre las regalías pagadas al exterior y además ofrecen un buen número de deducciones y beneficios fiscales, así como medidas unilaterales eficientes para evitar la doble imposición, además de sus amplias redes de CDI.

Las circunstancias descritas confirman que las sociedades interpuestas han alcanzado tal grado de especialización y pueden realizar tal número de actividades –tanto para optimizar la carga tributaria como para proteger y administrar la propiedad intelectual, garantizar su explotación, desarrollo, etc., con beneficios ostensibles para los titulares de intangibles–, que es difícil sustentar que en un caso concreto dicha entidad carece de contenido (*substance*) o, en términos generales, que le falta un motivo económico válido para su existencia diferente a la evasión fiscal, el fraude o simplemente el abuso de

104 Tanto en la versión de 1980 como en la de 2001.

105 OECD (2005), Model Tax Convention on Income and on Capital, *supra* nota 1, Comentario al artículo 17, apartado 1, numeral 9.

la normativa interna o de los CDI. Con todas estas características y complejidades, tampoco es difícil superar los estándares mínimos para probar que una de estas es el beneficiario efectivo, su participación en los beneficios, o formalmente destruir el vínculo entre los artistas y tales compañías, requisitos que algunos CDI exigen para su aplicación. Así, queda el reto de aplicar la regla del *look through* de los CDI e incluso de las propias medidas internas en un mundo económico más complejo que solo prueba una vez más que el Derecho sigue a la economía, y en este caso vale decir, de lejos.

#### *f. Insuficiencia de la clasificación de los ingresos en los CDI*

La estructura de los CDI que siguen el MC OCDE no permite tratar de la misma forma bienes incorporeales que poseen la misma identidad de razón (*eadem ratio*). Esto en el ámbito del Derecho Tributario interno crea las dificultades conocidas en materia de aplicación de la analogía y de la interpretación extensiva, pero en los CDI crea la duda sobre su aplicabilidad. Al tema nos hemos referido en detalle en otra ocasión<sup>106</sup> y por lo mismo nos limitaremos a reiterar que fuera del ámbito de los CDI impera la soberanía tributaria de cada uno de los Estados y salvo

que del tratado se concluya lo contrario no habría lugar a aplicar la analogía sino las disposiciones del derecho interno<sup>107</sup>. Pero en aplicación de los CDI la cuestión va más allá, la calificación de los rendimientos ha de seguir la regla general prevista en el artículo sobre beneficios empresariales (art. 7 MC OCDE), salvo que las rentas se traten de forma separada en alguno de los rendimientos especiales, además de lo previsto en la cláusula de clasificación de otras rentas no mencionadas por el CDI (categoría residual del artículo 21 MC OCDE).

De acuerdo con lo anterior, sólo hay lugar a establecer la identidad de razón en casos muy limitados. Tratándose del ámbito de las regalías eso sucede cuando la definición incluye pagos por el uso o derecho a usar “derechos similares o análogos”, u otras referencias en general a “propiedad intangible”. En la práctica no son infrecuentes los casos que involucran pagos con características de regalías, pero que no están comprendidos bajo el listado de bienes, derechos o propiedad (e incluso servicios en algunos CDI) que trae el respectivo convenio, tal como ha ocurrido con derechos de la personalidad, en especial el derecho de imagen, y todo tipo de bienes económicos independientes que tienen la aptitud para generar rentas pasivas<sup>108</sup>. Así, es apenas lógico preguntarse ¿por qué tratar

106 Buitrago (2007), El concepto de cánones..., *supra* nota 23, pp. 102 y ss.

107 Tal como se decidió sobre la improcedencia de la calificación como regalías en el CDI Hispano-Español por la AN, JUR 2007/252623..., *supra* nota 97, fd. 4,4; en Alemania en aplicación del CDI con los Estados Unidos de América, Debatin/Walter: Handbuch zum Deutsch-Amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen - Handbook on the United States - German Tax Convention, Part I B, IBFD: Amsterdam, August 1970, p. B-VIII/30; del mismo modo por tribunales suizos y austríacos, Vogel, Klaus/Prokisch, Rainer: Ponencia General, en IFA Florence Congress: “Interpretation of Double Taxation Conventions”, Florence: 1993, LXXVIIa, International Fiscal Association, publ. Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer, 1993, pp. 145 y ss. En detalle sobre el tema Buitrago (2007), El concepto de cánones..., *supra* nota 23, pp. 104 y ss.

108 *In extenso*: Buitrago (2007), El concepto de cánones..., *supra* nota 23 pp. 113 y ss.

situaciones iguales de forma desigual? Este es parte del problema de delimitación, al querer referirse a un conjunto específico de bienes corporales e incorporeales, derechos e incluso pagos por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría, sin más elaboración que la intención de asegurar la distribución para uno de los países contratantes.

La necesidad de que el convenio se aplique según lo acordado por los contratantes y la finalidad de evitar la doble imposición debería ser la razón para establecer de mejor forma el ámbito de lo distribuido, bien sea al país de residencia, al de la fuente o proporcionalmente a los dos, según convengan la os países contratantes. Esto permitiría igualmente determinar con claridad el propósito o fin del artículo de regalías y del mismo CDI, ya que el mero propósito de eliminar la doble imposición internacional no ha ayudado ni ayudará a resolver casos concretos. Por el contrario, la falta de una finalidad clara y expresada en el CDI o artículo respectivo ha generado muchos problemas de interpretación, evitando que la finalidad cumpla su papel en la tarea de interpretación<sup>109</sup>. Esa necesidad debería conducir también a pro-

curar tener en consideración la naturaleza económica de la renta, especialmente tratándose de regalías. En los MC OCDE y ONU, así como todos los CDI que los siguen esto brilla por su ausencia.

En materia de cánones o regalías los MC se sirven de una terminología no tributaria, propia del Derecho civil, y si bien es cierto que esto no es del todo malo<sup>110</sup> pues en todo caso forman parte del acervo de la ciencia jurídica, también es cierto que en la práctica ello conlleva a tremendos e innumerables problemas de interpretación<sup>111</sup>. Esto es así por razones evidentes cuando: al intérprete le resulta más fácil aplicar las disposiciones del Derecho extrafiscal de su país, sean del Derecho mercantil, civil u otro, que indagar cuál es el problema económico de fondo o la normativa del otro contratante y menos aún indagar en el Derecho internacional. Además, no es nada raro cuando, por una parte, un país no cuenta con jueces tributarios de carrera y los casos se fallan por los jueces administrativos y no en una jurisdicción tributaria especializada y, por otra, cuando la ley fiscal no ha precisado suficientemente la problemática, algo que en varios países desarrollados viene superándose desde

109 Entre las razones y fines atribuidos a la definición de las regalías y su distribución en los CDI se encuentran la contribución al desarrollo, la promoción de la cultura, la transferencia de tecnología, la finalidad según el uso de los bienes o según su fuerza atractiva e incluso el registro de los bienes inmateriales. En detalle sobre la controversia generada por la falta de claridad en el tema, *Ibid.*, pp. 372 y ss.

110 Aunque bastante se ha criticado esta circunstancia en la doctrina. En este sentido, Pöllath, dada la problemática que crea una relación muy estrecha entre el CDI y disposiciones no tributarias. También por Morgenthaler por su carácter "casual" y por Kemmeren por su "falta de sentido". Véase Pöllath en: Vogel et al. (2003), *Doppelbesteuerungsabkommen...*, *supra* nota 35, Int., nm 96, p. 144. Morgenthaler, Gerd, *Die Lizenzgebühren in System des internationalen Einkommenssteuerrechts*, C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH: Heidelberg, 1992, p. 22. Kemmeren, Eric C.C.M. *Principle of Origin in Tax Conventions. A Rethinking of Models*, Dongen, Pijnenburg uitgevers, 2001, p. 550.

111 Tal como demostramos en el análisis de la jurisprudencia internacional en Buitrago (2007), *El Concepto de cánones...*, *supra* nota 23, pp. 113 y ss. y Parte II.

años, especialmente en el caso de las regalías<sup>112</sup>.

¿Qué ha faltado en tantos años de desarrollo de los MC desde que los trabajos se iniciaran por la Sociedad de Naciones (SN) en 1927, se continuaran por la Organización Europea para el Desarrollo Económico y posteriormente por la OCDE, la ONU e incluso la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual y la UNESCO con su Convención Multilateral de Tributación de las Regalías por Derechos de Autor? En nuestra opinión ha faltado mayor precisión en la estructura de los CDI y la distinción jurídico-económica entre rentas activas y pasivas. En efecto, los informes de la SN no dan cuenta de las razones para la exclusión de las rentas de regalías del artículo de beneficios empresariales. La única referencia disponible consta en el Informe de 1933, según el cual las regalías se excluyeron del artículo de beneficios empresariales a condición de que ese no fuera

el objeto de la empresa<sup>113</sup>. En otras palabras, que tales rentas no fueran el fruto de la actividad normal de la empresa, que su perceptor (beneficiario) no estuviera involucrado activamente en obtener los rendimientos de la explotación de sus activos intangibles. Esto no es otra cosa que rentas pasivas<sup>114</sup>.

Una cuestión tan elemental y con la cual se mueven millones de la economía mundial, no solo con las regalías sino con otras rentas pasivas, ha estado ausente del desarrollo conceptual y en general de los CDI. Determinar la razón de ser de las regalías, su ámbito y obviamente las reglas de distribución y otros aspectos que tratan los CDI, requiere determinar esa naturaleza económica-jurídica y no pasar por alto que tienen su origen en bienes sobre los cuales su beneficiario posee control económico derivado del ejercicio de varias prerrogativas jurídicas (bienes económicos independientes<sup>115</sup>, bienes económicos activos<sup>116</sup>, o bienes que pueden

112 El caso de los Estados Unidos en su aproximación jurisprudencial a las regalías y su distancia con el Derecho privado, expresa ya en la legislación tributaria en casos como el de los programas de ordenador y productos digitales que se ha seguido en las leyes de varios países, entre otros Australia y Nueva Zelanda. La normativa es la Reg #201.861-18, expedida en septiembre 30 de 1998 y vigente desde octubre del mismo año. Se encuentra disponible en la Sección. 1.861-18 del Internal Revenue Code. Comentarios sobre su ámbito y las modificaciones a las propuestas previas en: Levenson, Alan/Shapiro, Alan/Mattson, Robert/Maguire, Ned: Taxation of Cross-Border Payments for Computer Software, Tax Notes International, vol.17, No. 22, 30 November, 1998. Sobre la propuesta que dio lugar a la regulación Vide: Fink, Eli H. "Proposed Regulations Issued on Computer Programs", *International Tax Review* "Intertax"; vol. XXV, n.º 3, March, 1997. Así mismo en: Sprague, Gary D. "Proposed regulations on Computer Software Revenue Characterization", *Tax Management International Journal*, vol. XXVI, n.º 3, March, 1997.

113 Con excepción de las referencias hechas a los trabajos realizados por Mitchell B. Carroll, League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Fourth Session of the Committee, ref. C.399.M.204.1933.II.A, Geneva: June 26th, 1933, temas I y II.

114 Tal como indica Rohatgi: "to the extent the recipient does not deal with the business activity giving rise to the income, the income qualifies as passive income", Rohatgi Roy, *Basic International Taxation*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 609.

115 Expresión empleada también por Wolf en Debatin, Helmut/Wassermeyer, Franz: Doppelbesteuerung Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, vol. VI, deVI, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München, 2002, (P/sep), p. 35.

116 Como se destaca en Reimer, Ekkehart, *Der Ort des Unterlassens. Die ursprungsbezogene Behandlung von Entgelten für Untätigkeit im Internationalen Steuerrecht*, Verlag C.H. Beck: München, 2003, p. 196.

tratarse como una unidad)<sup>117</sup>, sin que esa sea su actividad empresarial directa, algo típico pero no exclusivo de los bienes objeto de protección por la propiedad intelectual e industrial que suelen mencionar los CDI<sup>118</sup>. Las consecuencias de esta aproximación no han sido estudiadas del todo en los CDI y la controversia ha estado centrada más en otros problemas, también importantes, como la interpretación de los términos no definidos, los conflictos de calificación, los problemas relativos a los precios de transferencia y las reglas de distribución.

En el caso de rentas derivadas del uso o derecho a usar derechos de imagen es importante tener en cuenta que la creación del intangible tarda su tiempo, que el renombre no se alcanza con un concierto, que se requiere de una actividad intensa antes de lograr consolidar el intangible y convertirlo en objeto de negocios jurídicos hasta que no dependa más de la actividad del artista, o que lo haga de forma mínima. Por otra parte, que los pagos por el uso o derecho a usar el derecho de imagen pueden darse tanto en virtud de su condición de derecho personal, tal como sucede con las compensaciones por su infracción, como por su explotación económica, por el uso, derecho a usar o incluso la enajenación de elementos susceptibles de ser transferidos con independencia de los atributos de la personalidad. En cuanto que la explotación de tales derechos puede ejercerse por el artista y por terceras per-

sonas de forma independiente, es posible derivar de aquéllos rentas activas y pasivas. Serán pasivas cuando un empresario derive renta de la imagen o alguno de los aspectos comprendidos bajo el derecho de imagen del artista o deportista, sin intervención de éste en sus actividades económicas<sup>119</sup>. Esto explica por qué los derechos de imagen y los derechos de propiedad intelectual e industrial que mencionan los CDI pueden cumplir similares funciones jurídico-económicas: como bienes pueden ser transferidos independientemente.

Así las cosas, al interprete le toca enfrentarse con el problema de delimitación de las rentas pasivas, no en la negociación de un CDI sino en su interpretación y aplicación. Y ahí pues es mucho y poco lo que puede hacer. Mucho en cuanto que tiene a su alcance las reglas de interpretación de los CDI que permiten una interpretación de las disposiciones de acuerdo con el texto, contexto, propósito y finalidad de los CDI. Si el propósito y fin de una disposición no consta<sup>120</sup> es poco lo que puede hacer con el fin general de evitar la doble imposición. Pero una aproximación al texto y contexto de las disposiciones del CDI puede ser muy útil. La calificación de las rentas siempre debe hacerse tomando en cuenta el contexto del CDI y no artículos individuales, pues lo que se requiere es determinar si los ingresos derivados de la explotación del derecho de imagen han de calificarse como beneficios empresariales

117 Van der Laan, R.A. "Computer software in international tax law", en Intertax. *International Tax Review*, n.º 5, May, 1991, p. 268.

118 Buitrago (2007), El concepto de cánones..., *supra* nota 23, p. 9.

119 En detalle Buitrago, E & Groenen A.G.M. Tax Treaty Characterisation of Income Derived from Personality Rights, part II, Financial and Economic Law Review, Peking University, 2006, n.º 4, pp. 133 y ss.

120 Tal como la promoción de la cultura, el desarrollo tecnológico y otros fines que se suelen atribuir a las regalías con miras a la distribución de las rentas.

(regla general) o bajo los artículos especiales, *i.e.* como renta de servicios (en caso de faltar el artículo sobre artistas y deportistas), regalías, rentas de los artistas y deportistas (todas ellas rentas especiales) u otras rentas (categoría residual).

Determinar la aplicabilidad de las disposiciones sobre regalías a pagos por el uso de bienes o derechos no mencionados bajo el ámbito del CDI pero similares a ellos (*eadem ratio*) requerirá una interpretación según el contexto que establecen todos los elementos que menciona la definición en los CDI –incluido obviamente el listado de bienes, derechos o propiedad–, en el marco de la clasificación de los ingresos prevista por el convenio<sup>121</sup>. A eso es a lo que obligan tanto las reglas hermenéuticas de la CVLT como de los CDI. Esto supone determinar el significado y sentido de cada uno de los elementos de la definición y la función de esas rentas en el contexto más amplio del tratado. En cuanto al listado de bienes o derechos, es claro que los derechos de imagen no son ni derechos de autor ni marcas, pero no puede desconocerse que su función económica y varias de las jurídicas<sup>122</sup> serán las mismas, y que su explotación como intangible que puede dar lugar a rentas pasivas es legítima y legalmente posible, con independencia pero sujeto a las limitaciones propias del carácter de derecho fundamental de la imagen.

Entonces, la interpretación según el contexto puede aportar mucho y poco, poco porque sólo hay lugar a establecer la identidad de razón en casos muy limitados. Tratándose del ámbito de las regalías ese será el caso cuando la definición incluye pagos por el uso o derecho a usar “derechos similares o análogos”, u otras referencias en general a “propiedad intangible”. En otras palabras, la calificación de los derechos de imagen bajo el ámbito de las regalías sólo procederá si aquéllos están comprendidos bajo el ámbito de alguno de los derechos que la definición de regalías menciona, o si consta la referencia a derechos similares u otra propiedad intangible. Ni el MC OCDE ni el MC ONU permiten aplicar las disposiciones sobre regalías a derechos similares, algo que varios CDI sí prevén. El CDI colombo-español no prevé dicha posibilidad<sup>123</sup>, pero el CDI colombo-chileno sí incluye bajo su ámbito los pagos por el uso o derecho a usar propiedad intangible diferente a la propiedad intelectual e industrial que el CDI menciona<sup>124</sup>, sólo que no sabemos el impacto que va a tener y la interpretación que se dará al apartado 1 del artículo 17, según el cual las rentas derivadas de las actuaciones de los artistas incluyen las rentas que aquél obtenga de cualquier actividad personal ejercida en el otro Estado contratante relacionada con su renombre como artista o deportista<sup>125</sup>.

121 Tal como defendimos en Buitrago (2007), El concepto de cánones..., *supra* nota 23, pp. 199 y ss.

122 Como por ejemplo la facultad de usar, de licenciar, de excluir a terceros del uso, de limitar su uso en un territorio y tiempo determinados, de cancelar una licencia exclusiva o no bajo ciertas circunstancias, etc.

123 Artículo 12 (3).

124 Artículo 12 (3).

125 Artículo 17.

## Conclusión

La calificación de los derechos de imagen presenta varios retos tanto en la perspectiva del Derecho Civil como del Derecho Tributario. En el caso de los convenios para Evitar la Doble Imposición, las decisiones administrativas y judiciales demuestran una enorme influencia del derecho no tributario y la falta de un mayor desarrollo de la estructura y terminología que emplean dichos tratados internacionales. Muchos de los problemas de delimitación e interpretación que afectan la calificación de los rendimientos podrían superarse si se profundiza en las diferencias entre rentas activas y pasivas y se concede al derecho de imagen la condición de bien económico independiente, que aunque no es suficiente por sí sólo para decidir la calificación, sí contribuiría a precisar el ámbito de las regalías. Desde la perspectiva de delimitación la exclusión del derecho de imagen no está justificada, pero desde la perspectiva hermenéutica no es posible atribuir dicha calificación si el propio CDI no lo permite. Pero incluso si se logra tal precisión, el entramado de relaciones jurídicas que suelen estar involucradas en la transferencia de estos derechos, así como de otros intangibles no dejarán de tener un impacto en la calificación de las rentas en aplicación de los CDI o incluso sin ellos. La neutralidad tributaria en el ámbito fiscal internacional no existe y en materia de intangibles es fácil aprovechar su carencia.