

APADEfT

Asociación Panameña de
Derecho Financiero y Tributario

Nº 2 AÑO 11

AUTORES

NINA AGUIAR
MILENA Z. DOMÍNGUEZ S.
CÉSAR GARCÍA NOVOA
FRANCISCO GARCÍA PRATS
MARÍA AMPARO GRAU RUIZ
ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ
EDUARDO MORGAN JR.
ALFONSO SANZ CLAVIJO
FERNANDO SERRANO ANTÓN

Revista Jurídica Panameña
Asociación Panameña de Derecho
Financiero y Tributario
(APADEFT)

ISSN: 2073-2805

Consejo de Redacción: Dra. Janeth Morhaim
Dr. Camilo A. Valdés Mora
Dr. Francisco J. Zambrano B.

Portada de la Revista por
Arlene Cárdenas
AC Diseñadora Gráfica

Las opiniones contenidas en la presente publicación son responsabilidad única de sus autores y no representan necesariamente la opinión de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario (APADEFT).

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluida la fotocopia, de acuerdo a las leyes vigentes en la República de Panamá, salvo autorización expresa del Autor o el Editor.

Impreso por:
Universal Books

NOTA DEL PRESIDENTE

Nos sentimos sumamente complacidos y orgullosos de presentar a la academia y a toda la comunidad jurídica, la segunda edición de la *Revista Jurídica Panameña* de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario (APADEFT), asociación que nace el pasado 6 de febrero de 2006, para promover y fortalecer el estudio del Derecho Financiero y Tributario, mediante investigaciones, publicaciones y actividades académicas encaminadas a dicha finalidad.

Deseo manifestar mi gratitud a la Dra. María de los Ángeles García Frías que fue el vínculo para obtener los trabajos de los distinguidos juristas Nina Aguiar, César García Novoa, Francisco García Prats, María Amparo Grau Ruiz, Adolfo Martín Jiménez, Alfonso Sanz Clavijo y Fernando Serrano Antón.

Quiero terminar agradeciendo igualmente a las firmas forenses de abogados Morgan & Morgan, en especial al Dr. Eduardo Morgan Jr., por su apoyo desinteresado para la publicación de la presente revista, así como también a Tapia, Linares & Alfaro, que por segunda ocasión, patrocina decididamente la publicación de nuestra revista, y que sin sus respaldos no hubiese sido posible.

Panamá, 4 de enero de 2017.

Dr. Camilo A. Valdés M.
Presidente

MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN PANAMEÑA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (APADEFT)

FUNDADORES

Estif Aparicio
Carlos A. Barsallo P.
Carlos A. Berguido G.
Publio Cortés Carvajal
Jorge Kosmas Sifaki
Adolfo E. Linares Franco
Alexis Medina Achón
Jair Montúfar Barrera
Janeth A. Morhaim O.
Gregorio Ordóñez Huete
Camilo A. Valdés Mora
Francisco J. Zambrano B.

Marta Achurra
Ramón Anzola R.
Annette Bárcenas O.
Giovanna Bernal
Adolfo J. Campos B.
Rafael Rivera Castillo
María del Pilar Diez Caparroso
Carlos Ernesto González Ramírez
María Cristina Guardia
Alexandra Marotta Mauad
Jonathan Pacheco
Kathia L. Tejera
Álvaro Tomas
Carlos Urbina
David A. Vargas Rudas

HONORARIOS

Eduardo Morgan Jr.
Brett R. Patton

ÍNDICE

LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LOS CONVENIOS SOBRE DOBLE IMPOSICIÓN

Nina Aguiar9

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN PANAMÁ

Milena Z. Domínguez S......53

EL CONCEPTO DE REGALÍAS (ROYALTIES) EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

César García Novoa.....107

EL ARTÍCULO 9.1 DEL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE.

Francisco Alfredo García Prats.....147

LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN PANAMÁ DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

María Amparo Grau Ruiz.....217

LEGALIDAD, PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y CALIDAD DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS: APORTACIONES DEL DERECHO COMPARADO

Adolfo Martín Jiménez.....245

**EL DOBLE ESTÁNDAR DE LA OCDE EN EL FORO
GLOBAL DE TRANSPARENCIA E INTERCAMBIO
DE INFORMACIÓN. LA CALIFICACIÓN DE
ESTADOS UNIDOS**

Por Eduardo Morgan Jr.....277

**RENTAS OBTENIDAS POR EMPLEADOS,
CONSEJEROS Y ARTISTAS Y DEPORTISTAS.**

Alfonso Sanz Clavijo.....331

**LA RESIDENCIA FISCAL EN LOS CONVENIOS
PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN
INTERNACIONAL FIRMADOS POR PANAMÁ.**

Fernando Serrano Antón.....377

LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LOS CONVENIOS SOBRE DOBLE IMPOSICIÓN

Nina Aguiar (Centro de Investigación Jurídico-Económica, Facultad de Derecho de la Universidad de Porto – Portugal; Instituto Politécnico de Bragança – Portugal)

Sumario

1. Introducción: La problemática la de subcapitalización en el Derecho tributario
2. Tipos de medidas utilizadas en el Derecho tributario contra la subcapitalización
 - a. Las medidas de tipo subjetivo u basadas en el principio “de independencia”
 - 2.3. Las medidas de tipo objetivo
3. Evolución reciente en la Unión Europea
 - 3.1. El principio de no discriminación del Derecho de la Unión Europea y su impacto en las medidas sobre subcapitalización
 - 3.2. Desarrollos subsecuentes a la sentencia Lankhorst-Hohorst
4. Las normas sobre subcapitalización en el Modelo de Convenio de la OCDE
 - 4.1. Las normas potencialmente aplicables
 - 4.2. La relevancia del artículo 9 del Modelo de Convenio para la subcapitalización
 - 4.3. La recaracterización de los intereses al amparo del artículo 9(1) MCOCDE
 - 4.4. El principio de no discriminación
5. La subcapitalización en algunos países con CDI’s firmados con Panamá: breves notas

Bibliografía

1. Introducción: La problemática de la subcapitalización en el Derecho tributario

El concepto de subcapitalización¹ concierne la estructura financiera de una empresa y tiene por base la proporción entre recursos propios y deuda². No siendo un concepto susceptible de ser definido de forma categórica³, por la dificul-

- 1 Tanto PALAO TABOADA, C., *La subcapitalización*, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., CEF, Madrid, 2007, p. 963, como CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 982, distinguen entre subcapitalización material – aquella en que la empresa no posee los recursos necesarios para llevar a cabo su objeto – y la subcapitalización nominal, que concierne el nivel de capital propio. El problema que se aquí se trata respecta únicamente a la segunda categoría.
- 2 La distinción entre capital propio y deuda se realiza originariamente dentro del Derecho civil. Y de hecho una situación de subcapitalización implica efectos relevantes en el ámbito de las relaciones de derecho privado mercantiles, ya que una situación de subcapitalización genera un riesgo de insolvencia elevado que en parte es soportado por los acreedores de todas categorías de la empresa. Pero tampoco dentro del Derecho civil encontramos criterios muy uniformes respecto de la proporción adecuada entre deuda y recursos propios. Lo que sí podemos constatar es que en general, el Derecho tributario sigue las calificaciones del Derecho civil (ESSERS/MICHELSE/BONT/OFFERMANN/), *Fiscalidad de un grupo de empresas. La subcapitalización*, Revista de Economía Social y de la Empresa, núms. 27/28, 1998, p. 11.
- 3 Para algunos estudiosos significa la existencia de una relación desproporcionada entre el endeudamiento de una empresa y sus capitales propios, por ser el primero excesivamente elevado en comparación con los segundos (THURONYI, V., *Tax law design and drafting*, Vol. 2, International Monetary Fund, 1998, p. 658; HELMINEN, M., *The dividend concept in international tax law: dividend payments between*, Series on international taxation, Vol. 25, Kluwer Law International, 1999, p. 321; LOUSA, M.P., “As regras fiscais sobre subcapitalização”, *Ciência e Técnica Fiscal*, núm. 383, 1996, p. 14); Para otros autores, significa que el capital propio de la empresa es inferior al que se considera adecuado, o bien porque la empresa carece de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, o bien porque los recursos de que dispone no consisten en fondos propios sino en recursos provenientes de deuda (PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 963). En una línea cercana, CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 979-982, profundizan en los efectos de la subcapitalización sobre la responsabilidad patrimonial de las sociedades, y subrayan que al generar un desplazamiento impropio de la responsabilidad empresarial hacia los acreedores, en especial sobre los más pequeños, la subcapitalización produce una externalidad negativa. Para otros aún la subcapitalización se define más bien como una desproporción entre el capital propio y el nivel de riesgo que la empresa asume (CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 980 quienes se refieren al “capital de responsabilidad” de la empresa). Y finalmente para un cuarto grupo, existe subcapitalización cuando la empresa tiene un nivel de endeudamiento que no podría haber obtenido si no fuera en el ámbito de relaciones especiales, es decir una deuda que excede su capacidad de endeudamiento en condiciones

tad que existe en determinar en abstracto lo que es un nivel adecuado de capital propio para una empresa⁴, hay que empezar por definirlo en términos muy generales como un exceso de deuda con relación a la capacidad de los recursos propios para cubrir las responsabilidades asumidas⁵.

Lo que sí está claro desde hace un par de lustres, es que la estructura financiera de una empresa, y en particular la repartición entre recursos propios y deuda, pueden ser utilizadas con fines de economía tributaria⁶, o bien así pueden generar efectos tributarios inaceptables, con independencia de la intención del sujeto pasivo⁷.

Estas economías fiscales relacionadas con la estructura financiera de las empresas pueden alcanzarse por diversas vías⁸. La más común es la que sienta en el distinto trata-

de mercado (WEBER, D., *European Direct Taxation: Case Law and Regulations*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2010, p. 1410).

- 4 De hecho, si observamos y comparamos los regímenes sobre la subcapitalización en los varios países, concluimos de inmediato no ser posible encontrar un criterio ni mínimamente uniforme sobre lo que se puede considerar una relación desproporcionada entre el capital social y el endeudamiento. A título de ejemplo, España utiliza en su régimen anti subcapitalización (artículo 20 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades) un *ratio* de 3:1 para la deuda y el capital fiscal, respectivamente, en paralelo con Australia. En Portugal, Canadá y Brasil, este mismo *ratio* es actualmente de 2:1. En el régimen anti subcapitalización japonés encontramos un *ratio* de 1,5:1. Por otro lado, en muchos países, como Alemania y Francia, se está abandonando la fórmula de un *ratio* simple y fijo entre el endeudamiento y el capital fiscal. Para un panorama bastante general de los regimens anti subcapitalización en la era “pós Lankhorst-Hohorst”, puede verse LANG/ OBERMAIR/ SCHUCH (eds), *Tax Compliance Costs for Companies in an Enlarged European Community*, Eucotax series on European Taxation, vol. 19, Kluwer Law International, 2008
- 5 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 963 señala que la subcapitalización afecta a la responsabilidad de la sociedad, ya que sólo los capitales propios, y no así los ajenos, hacen frente a las responsabilidades sociales.
- 6 HELMINEN, M., *The International Tax Law Concept of Dividend*, Series on International Taxation, núm. 36, Kluwer Law International, 2010, p. 207; ROHATGY, R., *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, 2002, p. 395..
- 7 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 963.
- 8 Una explicación del mecanismo de economía fiscal a través la subcapitalización puede verse v.g. en SHLOMO AVI-YONAH, R., *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*, Cambridge tax law series, Cambridge University Press, 2007, pp. 96-97.

miento tributario aplicable a los beneficios obtenidos por las empresas o a los dividendos recibidos por los socios con base en esos beneficios, por un lado, y el régimen aplicable a los intereses recibidos por quien presta dinero a una empresa⁹, por otra parte. Cómo ya se puede percibir, la cuestión puede verse tanto por el lado de la empresa financiada como desde la perspectiva de los inversores, sean estos socios o terceros prestamistas. Como regla general, los intereses pagados por una empresa a un mutuante por los capitales prestados son considerados gastos de la actividad empresarial y, como tal, son deducibles a los ingresos obtenidos, reduciendo la base imponible¹⁰. En cambio, si los inversores optan por colocar capital propio en la empresa, esta inversión no les proporciona el derecho a percibir una renta regular y la forma normal de remuneración de sus inversiones será a través de los dividendos distribuidos con base en los beneficios¹¹. Tanto para el inversor como para la empresa financiada, el efecto puramente económico de una u otra modalidad resulta bastante similar, pero ya en el plano tributario el resultado es muy distinto, ya que los dividendos no son considerados gastos y, por ende, no son deducibles en la base imponible¹². Desde la perspectiva de la empresa, por consiguiente, la opción por el endeudamiento en lugar de capital social tiene obvias ventajas tributarias, al reducirse su base imponible¹³.

9 VEGA BORREGO, V., *La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*, Crónica Tributaria, núm. 104, 2002, p. 90; SCHÖN, W., et al, *Debt and equity: what's the difference? A comparative view*, Research Paper Series, núm. 9, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, 2009, p. 5.

10 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 964; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 985; FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L., *El régimen jurídico fiscal de la subcapitalización en el artículo 20 del RDL 4/2004*, Impuestos, núm 17, 2008, p. 209; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax Policy Studies Choosing a Broad Base - Low Rate Approach to Taxation*, OECD, 2010, p. 27.

11 FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L., *op. cit.*, p. 209.

12 HOLMES, K., *International tax policy and double tax treaties: an introduction to principles and application*, IBFD, Amsterdam, 2007, p. 371.

13 CNOSSEN, S., *Company Taxes in the European*, Fiscal Studies vol. 17, núm. 4, 1996, pp. 67-97.

Del lado del inversor, las ventajas relativas de invertir bajo la forma de préstamos o de capital social dependen del régimen de imposición que cabe para cada una de las alternativas¹⁴. En ambas situaciones - intereses o dividendos - las rentas percibidas tienen la consideración de rentas de capitales y, como regla general, el régimen fiscal puede no ser significativamente distinto¹⁵. Pero si el inversor es socio de la empresa, la fiscalidad total que incide sobre los capitales invertidos resulta más elevada, por efecto de la doble imposición económica de los beneficios¹⁶ en el supuesto de una inversión exclusivamente realizada mediante capital propio, comparada con la situación en que el inversor coloca en la empresa parte de los capitales en la forma de capital social y otra parte a través de préstamos¹⁷.

Pero la utilización de la subcapitalización con fines de economía fiscal alcanza su máxima virtualidad en el campo de la fiscalidad internacional¹⁸, es decir cuando el inversor y la empresa receptora del capital estén situados en paí-

14 CNOSSEN, S., *op. cit.*, p. 74; SHAVIRO D. N., *Decoding the US corporate tax*, The Urban Institute, Washington, 2009, p. 33.

15 CNOSSEN, S., *op. cit.*, p. 74, sin embargo, señala que el tratamiento tributario de los dividendos y de los intereses puede ser muy distinto, con enormes ventajas para los intereses, y efectivamente lo es normalmente, dado que en su mayor parte los intereses quedan totalmente exentos de impuestos, mientras lo mismo no ocurre con los dividendos. En el mismo sentido, HOLMES, K., *op. cit.*, p. 371.

16 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 985; SHAVIRO D. N., *Decoding...cit.*, p. 33. La mentada diferencia de trato entre los intereses y los dividendos, unos y otros pagados por la empresa al inversor, ha llevado los economistas a señalar que la tributación de las sociedades favorece la opción por el endeudamiento en detrimento del capital social, resultando en una falta de neutralidad respecto del modo de financiamiento de las actividades productivas. En este sentido, vg. LAROQUE, G., *Commentary*, en INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES, *Dimensions of Tax Design: The Mirrlees Review*, Oxford University Press, Nueva Iorque, 2010, p. 188; SHAVIRO, D. N., *When rules change: an economic and political analysis of transition relief and retroactivity*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 159; HOLMES, K., *op. cit.*, p. 37; CNOSSEN, S., *op. cit.*, p. 74.

17 SALVADORES, C., *Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione. Regole di disapplicazione e strumenti di difesa del contribuente*", Bolletino Tributario, núm. 6, 2005, p. 405.

18 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 964; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 986; HOLMES, K., *op. cit.*, p. 371.

ses distintos¹⁹. Hemos visto que, si se opta por la financiación a través de capital propio, los beneficios tributan en la propia sociedad o establecimiento permanente, antes de la distribución de dividendos, y tributan de nuevo, como dividendos, en la mano del socio. Por el contrario, si se opta por la financiación por medio de préstamos, al deducirse en la base imponible los intereses pagados, a título de gastos, estos no se someten a impuesto en la empresa y así sólo el inversor prestamista pagará impuesto sobre los intereses satisfechos. De esta manera, se hace posible trasladar esas rentas (bajo la forma de intereses), para la jurisdicción donde se encuentra el inversor²⁰. Si este se encuentra establecido en una jurisdicción de fiscalidad más reducida, para el binomio inversor-empresa se consigue efectivamente reducir la carga fiscal total, eligiendo el Estado de tributación²¹.

Lo descrito hasta este punto puede considerarse una descripción bastante simplificada, una vez que las ventajas o desventajas de una aplicación de capital bajo la forma de capital propio u de deuda y las posibilidades de realizar economías fiscales a través la elección de la forma de aplicación del capital dependen bastante del sistema tributario aplicable en concreto²². Por ejemplo, si nos centramos en el

19 Un informe de la OCDE del 2007 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax effects on foreign direct investment: Recent evidence and policy analysis*, OCDE, Paris, 2007), constata como tendencia, que las empresas filiales residentes en países de elevada fiscalidad son más subcapitalizadas que las filiales residentes en países de baja fiscalidad.

20 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 986; BROE, L. D., *International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies*, Doctoral series, Vol. 14, IBFD, 2008, p. 501; HELMINEN, M., *The International... cit.*, p. 207.

21 SCHÖN, W., et al, *op. cit.*, p. 8 señala que la renta del capital propio normalmente tributa en Estado dónde se lleva a cabo la actividad empresarial, mientras la renta de un préstamos normalmente tributa en Estado de residencia del mutuante.

22 SCHÖN, W., et al, *op. cit.*, p. 5; SHAVIRO D. N., *op. cit.*, p. 33. Uno de los muchos aspectos que pueden influir en la mayor o menor ventaja relativa de las varias formas de financiación empresarial reside en los impuestos que puedan incidir en las operaciones consideradas en sí mismas, en el caso el contrato de préstamo u el aumento de capital social (v.g. CORDÓN

plano de la fiscalidad puramente interna o nacional, uno de los factores más relevantes es el “sistema de tributación” adoptado, concerniente la relación entre la tributación de los beneficios societarios y la tributación de los dividendos en la mano de los socios²³. Mientras en un sistema clásico, es decir de tributación separada de los beneficios y de los dividendos, las ventajas de una inversión por medio de deuda son muy importantes, cuándo comparadas con una inversión a través de capital propio²⁴, esas ventajas son bastante menos relevantes en un sistema de imputación parcial y son prácticamente nulas en un sistema de imputación total²⁵. Una vez que el sistema de imputación anula la tributación de los beneficios societarios en manos de la sociedad, eliminando la doble imposición económica de la renta, la única desventaja de una inversión por medio de capital propio puede resultar de un tipo de gravamen sobre los dividendos percibidos superior al que incidiría sobre los intereses percibidos por el mismo inversor.

Por otra banda, si consideramos ahora el plano de la fiscalidad internacional, las ventajas y desventajas de la opción entre deuda y capital varían según el Estado de la fuente (Estado de residencia de la sociedad que recibe el

EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 985, sobre este aspecto en el ordenamiento español).

- 23 Sobre los conceptos de “sistema de tributación”, y sus modalidades de sistema clásico, sistema de imputación total y sistema de imputación parcial, *vide v.g.* SERRANO ANTÓN, F., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación*, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 3ª ed., CEF, Madrid, 2007, pp. 238-242; CALDERÓN CARRERO, J. M., *Métodos para eliminar la doble imposición*, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales 2005*, CISS, Valencia, 2005, pp. 385-429; TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 98 et seq; TERRA, B.J.M. /WATTEL, P.J., *European Tax Law*, 5ª ed., Fiscale Studies Serie, núm. 29, Kluwer, 2008, pp. 101 et seq; SCHANZ, D. / SCHANZ, S., *Business Taxation and Financial Decisions*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 231.
- 24 THURONYI, V., *op. cit.*, p. 658.
- 25 Un sistema de imputación normalmente opera a través de un mecanismo de crédito de impuesto (AULT, H. J./ ARNOLD, B.J., *Comparative income taxation: a structural analysis*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2004, p 425).

capital y paga los dividendos o los intereses) impone una retención de impuesto (*withholding tax*) en el momento del pago de los intereses o dividendos al inversor no residente²⁶. Dependiendo del tipo aplicado en la retención de impuesto²⁷ y del sistema - clásico, de imputación parcial o de imputación total - que el país de residencia del mismo inversor aplique sobre las rentas percibidas de una sociedad no residente²⁸, pueden o no resultar mitigadas o anuladas las ventajas de una inversión bajo la forma de préstamos, cuando comparada con la misma inversión realizada por medio de capital propio²⁹.

2. Tipos de medidas utilizadas en el Derecho tributario contra la subcapitalización

A pesar de todos los condicionantes descritos en el apartado anterior, la subcapitalización ha sido durante los últimos decenios un expediente ampliamente utilizado para la realización de economías fiscales. Los Estados, por su parte, han desarrollado y puesto en práctica un abanico de medidas de combate a la subcapitalización abusiva, es decir, la subcapitalización utilizada como un instrumento de elusión tributaria. Estas medidas anti subcapitalización suelen dividirse en dos categorías principales³⁰: las que uti-

26 Según datos de la OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Taxation of cross-border portfolio investment: mutual funds and possible tax distortions*, OCDE, 1999, p. 35) prácticamente todos los países aplican retenciones de impuesto sobre el pago de dividendos a no residentes.

27 Según la ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Taxation...*, cit., p. 35, el tipo aplicado en la retención de impuesto es normalmente más elevado en el derecho tributario doméstico que en un convenio bilateral. En los convenios bilaterales, se aplica normalmente un tipo de 15 por cien, aunque los Estados contratantes puedan establecer otros tipos.

28 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Taxation...*, cit., p. 36.

29 ROHATGY, R., *op. cit.*, p. 395.

30 Vide CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 987 et seq.

lizan métodos “subjetivos”³¹ y aquellas que utilizan métodos “objetivos”³². Los métodos subjetivos son los métodos basados en el “principio de independencia”³³, que también puede recibir la designación de principio “de libre concurrencia”³⁴ y es correspondiente a la designación inglesa “at arm’s-length principle”³⁵. Los métodos objetivos consisten en fijar una *ratio* aritmética máxima para la proporción entre el valor del endeudamiento u el valor de los intereses pagados, de una banda, y otro valor relacionado con la estructura financiera de la empresa, que puede ser el capital propio, el volumen de negocios u otro³⁶.

Los métodos mencionados conciernen la determinación de la existencia o inexistencia de una situación de subcapi-

- 31 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Thin Capitalisation; Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*, Issues in International Taxation, núm. 2, OECD, 1987, pp. 30 et seq. Sobre el punto vide VEGA BORREGO, V., *op. cit.*, pp. 19 et seq; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 987 et seq; WITTENDORFF, J., *Transfer...*, *cit.*, p. 103.
- 32 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 966.
- 33 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 964.
- 34 GARCÍA FRÍAS, M.A., *Los Precios de transferencia en el ordenamiento tributario español*, Análisis Tributario, Diciembre, 2003, p. 8; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 987.
- 35 El término “at arm’s-length” suele utilizarse en fiscalidad internacional con distintos significados. El artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE lo emplea como un criterio de valoración para ser utilizado en transacciones realizadas entre empresas vinculadas o asociadas, y según el cual una transacción debe valorarse como si hubiera sido realizada entre entidades independientes, es decir que se presume que los precios reales de la transacción son los hubieran sido acordados entre entidades independientes (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Conducting Business in Weak Governance Zones*, OECD, Paris, 2006; CETERIS, *Guide to International Transfer Pricing*, Kluwer Law International, 2011, p. 6). Pero el término surge por veces utilizado con el sentido de una norma para la fijación de precios en transacciones entre entidades vinculadas. En este sentido, el principio significaría que las empresas asociadas o vinculadas, en las transacciones que realicen entre ellas, deben practicar los precios de mercado (WITTENDORFF, J., *Transfer...*, *cit.*, p. 6).
- 36 En la literatura especializada es frecuente distinguirse, dentro de los llamados métodos objetivos, la modalidad designada “interest-stripping rules”, la cual se inició en Estados Unidos y consiste en denegar la deducción de los intereses que excedan un determinado porcentaje de la renta líquida de los gastos financieros. Sobre este tipo de regímenes vide v.g. HARRIS, P. / OLIVER, D., *International Commercial Tax*, Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, 2010, p. 254.

talización³⁷. Pero una vez determinada la existencia de una situación de subcapitalización, la norma tributaria estipula un método para determinar la renta real, es decir, la renta que resultaría si no hubiera una situación de subcapitalización. Para estos efectos, normalmente se prevé en primer lugar la desconsideración de los intereses pagados por la deudora como gastos³⁸ (una vez que los intereses pagados por una empresa por capitales mutuados son gastos financieros), lo que supone añadir esas cantidades al resultado (es decir a los beneficios obtenidos por la entidad mutuaría), incrementando la base imponible. Además de esta primera medida de corrección, que siempre se verifica, algunas legislaciones pueden prever todavía una recaracterización de los intereses pagados como una distribución de dividendos. Mientras la primera medida afecta únicamente el impuesto a pagar por la entidad deudora, residente del Estado que aplica la medida anti subcapitalización, ya la segunda medida afecta la situación tributaria del mutuante, que puede no ser un residente, cambiando la clasificación de las rentas por él percibidas, de intereses para dividendos. Los varios métodos se analizan con más detalle enseguida.

a. Las medidas del tipo subjetivo u basadas en el principio “de independencia”

El “principio de independencia” forma el principio cardinal utilizado en ámbito del Derecho tributario internacional para repartir, entre distintos Estados potencialmente competentes para tributarlas, las bases imponibles o las rentas resultantes de operaciones entre entidades vinculadas³⁹. En

37 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 966.

38 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 966.

39 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 965; WITTENDORFF, J. *Transfer...*, *cit.*, p. 778; MICHIELSE, G., *Treaty aspects of thin-capitalization*, IBFD Bulletin, Dic., 1997, p. 567; NOGUEIRA, “Princípio da Independência – Fundamentos Jurídicos de uma compreensão actual”, in TEIXEIRA/BARROS, *Preços de Transferência e o Caso Internacional*, Porto, Vida Económica, 2004, pp. 307-339.

términos muy simplificados, significa considerar como real, no la renta declarada por los sujetos pasivos o constante de los contratos, sino la renta que resultaría si las entidades partes en la operación no estuvieran en una relación de asociación⁴⁰ o no fueran entidades vinculadas⁴¹. La aplicación de dicho método plantea a las administraciones fiscales el delicado problema de determinar, para cada operación que se presenta, los precios y otras condiciones practicadas en condiciones de mercado⁴². Aplicado a la subcapitalización, este método supone una de dos cosas o ambas a la vez⁴³: fijar si una determinada operación de financiamiento prestario podría haber tenido lugar en caso de que las entidades involucradas no fueran entidades vinculadas, lo que significa averiguar si la entidad mutuaría estaría en condiciones de obtener de una entidad tercera los mismos recursos que obtuvo de la entidad vinculada⁴⁴; y determinar si la entidad mutuaría estaría en condiciones de obtener junto de una entidad no vinculada los mismos recursos en las mismas condiciones contractuales, en particular con el mismo tipo de interés.

40 El artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE sobre Tributación de la Renta y el Patrimonio utiliza el término “empresas asociadas”.

41 El “principio de concurrencia” o “at arm’s length” puede ser formulado como una regla de conducta para las empresas, o como una norma para las administraciones fiscales. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) definió el principio de concurrencia en sus Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales, en 1995, como una regla para la actuación de las administraciones fiscales. Según las Líneas Directrices de 1995, “cuando en la relaciones comerciales o financieras entre dos empresas vinculadas se practiquen o impongan condiciones distintas de las que se practicarán entre empresas independientes, las rentas que, no fueran esas condiciones, se habrían producido y no se produjeron en virtud de esas mismas condiciones, pueden incluirse en los beneficios de esas empresas y someterse a imposición. *Vide* BRONSON/JOHNSON/SULLIVAN, *Overview/Best practices*, en CENTERIS, *Guide to International Transfer Pricing*, Kluwer Law International, 2011, p. 7.

42 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 987.

43 WEBER, D., *op. cit.*, p. 1410.

44 PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 966, quien señala que este planteamiento está próximo a las figuras del fraude a la ley y la simulación; VEGA BORREGO, V., *op. cit.*, p. 19.

b. Las medidas del tipo objetivo

Los métodos basados en el principio de independencia requieren técnicas sofisticadas por parte de las administraciones tributarias y consumen elevados recursos humanos para aplicarse⁴⁵. Por esta razón, los primeros Estados que adoptaron medidas legislativas anti subcapitalización optaron por los métodos de tipo objetivo⁴⁶, que consisten en determinar un límite máximo al endeudamiento. Este tipo de medidas cabe dentro de una categoría más general de medidas anti elusión fiscal conocidas como “safe harbours”⁴⁷. Dentro de éstas pueden distinguirse distintas modalidades. Una de las más comunes consiste en fijar una *ratio* entre el montante del endeudamiento y el capital propio de la entidad mutuaría. Toda la deuda que exceda de este límite se considera como siendo realmente capital propio, y por consiguiente los intereses correspondientes no son deducibles como gastos. Como ya hemos mencionado, éste es un criterio bastante arbitrario, ya que no existe ningún criterio relativamente consensual sobre la *ratio* normal o aceptable entre el nivel de endeudamiento y el capital propio⁴⁸. Otra

45 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 987. La propia OCDE reconoce la gran dificultad de aplicar este método de determinación de la renta (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, OCDE, Paris, 2009, p. 118)

46 Para una perspectiva evolutiva de los regímenes de subcapitalización puede consultarse PISTONE, A, *La Tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profile internazionali e comparati*, CEDAM, Padua, 1994; PILTZ, D., *Aspectos Internacionales de la Subcapitalización*, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXXIb, Kluwer, 1996; GOUTHIÈRE, B., *A Comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member Status of the European Union and Certain other State. Introduction*, European Taxation, Vol. 45, núm. 9, 2005; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Thin Capitalisation, Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*, Issues in International Taxation, núm. 2, OECD, Paris, 1987; ESSERS, P. et al, *Some Fiscal Aspects of Financing Structures within a Group of Companies and Thin Capitalization Approaches in Europe*, EC Tax Review, núm. 4, 1994.

47 Para una definición de “safe harbour” o “abrigo seguro” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Transfer...*, *cit.*, p. 118.

48 En la actualidad, tienen regímenes de subcapitalización basados en un *ratio* fijo entre el endeudamiento y el capital propio, aparte de España (artículo 20 Texto refundido de la Ley del

posibilidad, todavía dentro de los métodos objetivos, consiste en establecer el límite no al endeudamiento si no a los intereses deducibles, por comparación con el beneficio obtenido por la empresa mutuaría⁴⁹. Y finalmente una tercera fórmula, completando el abanico de los métodos objetivos más comunes, consiste en establecer un límite también a los intereses deducibles, como en la modalidad anterior, pero ahora por comparación con un tipo medio de interés practicado en el mercado⁵⁰. Estos distintos métodos objetivos pueden aparecer combinados dentro un mismo régimen legal.

Impuesto sobre Sociedades) y Portugal (artículo 61 del Código del Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas), ya mencionados: Australia, donde el *ratio* máximo admitido para el endeudamiento es de 3 veces el capital propio; Francia, donde existe un régimen anti subcapitalización complejo, del que el *ratio* entre endeudamiento y capital propio es uno de los elementos. El límite máximo del endeudamiento, cuándo aplicable, es de una vez y media el capital propio; Japón, donde el límite máximo del endeudamiento, aplicable únicamente cuando la empresa mutuante no sea residente, es tres veces el capital propio, igual que en Australia; China, donde el régimen anti subcapitalización se base en dos *ratios* fijos, uno de cinco veces del capital propio, aplicable a empresas financieras, y otro de dos veces el capital propio para las restantes entidades; Estados Unidos, cuyo régimen anti subcapitalización también combina diferentes elementos, incluyendo un *ratio* fijo para el endeudamiento de una vez y media el capital propio; Canadá, con un *ratio* fijo para el endeudamiento de dos veces el capital propio; y Brasil, igualmente con un *ratio* fijo para el endeudamiento de dos veces el capital propio.

- 49 El sistema mencionado es básicamente el que rige en Alemania desde 2008. La legislación alemana (§ 4h de la *Einkommensteuergesetz*, y § 8a de la *Körperschaftsteuergesetz*) fija el límite de los intereses deducibles en un 30 por cien del beneficio obtenido por la mutuaría, calculado antes de intereses, impuestos y amortizaciones. Sobre el régimen alemán *vid.*, en lengua inglesa, EICKE, R., *Tax Planning With Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe: Concepts, Strategies, Structures*, Eucotax series on European taxation, vol. 22, Kluwer Law International, 2009, pp. 251 et seq; AULT/ ARNOLD/ GEST, *Comparative income taxation: a structural analysis*, 3ª ed., Kluwer Law International, 2010, p. 520; SAPAROE, A. B., *Optimizing the Interest Deduction Rules – A Never-Ending Story*, European Taxation, núm. 1, 2009, pp. 3-10. En lengua alemana, SCHEFFLER, W., *Besteuerung von Unternehmen: Ertrag-, Substanz- und Verkehrsteuern (I)*, 11ª ed., Hühthig Jehle Rehm, 2009.
- 50 El sistema practicado actualmente en Francia, introducido por la reforma fiscal de 2006, incluye una fórmula del tipo mencionado. El sistema francés actual, igual que el alemán, combina distintas fórmulas. El régimen se aplica a todas las empresas residentes en Francia, pero únicamente con relación a los préstamos contratados en ámbito de relaciones especiales, es decir entre entidades vinculadas. Sobre el sistema francés, p. 12.

3. Evolución reciente en la Unión Europea

3.1. El principio de no discriminación del Derecho de la Unión Europea y su impacto en las medidas sobre subcapitalización

Hasta el año 2002, varios países de la Unión Europea tenían regímenes sobre subcapitalización basados en una ratio fija entre deuda y capital propio⁵¹. Una característica común de estos regímenes consistía en aplicarse únicamente cuándo el mutuante de los capitales era un no residente en el Estado del mutuario. Uno de estos países era Alemania, en cuya legislación se estipulaba un límite máximo al endeudamiento de una vez y medio el valor del capital propio, y esta regla se aplicaba siempre que la entidad mutuante no estuviese sujeta al impuesto en Alemania. Una vez que la mayor parte de las entidades residentes estaban sujetas al impuesto en Alemania, al revés de las no residentes, de hecho las normas sobre subcapitalización se aplicaban primordialmente cuando la entidad mutuante no era residente. Por esta razón, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró⁵² que la normativa alemana era discriminatoria⁵³ y formaba un obstáculo a la libertad de establecimiento⁵⁴. Amén del efecto particular de declarar inválida la

51 GOUTHIERE, B. (dir.), *A Comparative study of the thin capitalization rules in the member States of the European Union and certain other States*, European Taxation, número especial, Set./Oct. 2005.

52 En la sentencia proferida sobre el asunto *Lankhorst-Hohorst* (TJCE, 12.2.2002, Proc. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*).

53 El Tribunal de Justicia no lo afirma frontalmente, pero ello resulta implícito en la argumentación expandida. En el mismo sentido manifiestan entre otros, TERRA, B. / WATTEL, P., *op. cit.*, p. 288; DAHLBERG, M., *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, Eucotax series on European taxation, vol. 9, Kluwer Law International, 2005, p. 178; 45; WEBER, D., *op. cit.*, p. 133; LANG, M., *CFC legislation, tax treaties and EC law*, Eucotax series on European taxation, vol. 8, Kluwer Law International, 2004, p. 119.

54 Se han producido numerosos comentarios de la mentada sentencia. Entre ellos se puede ver ALMUDÍ CID, J. M. / SERRANO ANTON, F., *STJCE 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst GmbH, As. C-324/00. Comentario de Jurisprudencia Comunitaria*, Crónica Tributaria, núm. 117, 2005, pp. 164-167; PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, pp. 977 et seq.

norma alemana, la sentencia *Lankhorst-Hohorst* intentaba formular una doctrina, aunque bastante ambigua e incipiente, respecto de las medidas anti subcapitalización. Esa doctrina, si se puede hablar de una doctrina en esta poco afortunada sentencia del TJCE, consistía por lo fundamental en que una medida fiscal anti-abuso tiene que dirigirse a situaciones de evasión fiscal (lo que es tautológico, pues una medida anti-abuso está, por definición, dirigida a situaciones de evasión fiscal), con lo que el Tribunal parece querer decir que la aplicación de una medida fiscal anti-abuso supone verificar la existencia en el supuesto concreto del objetivo de evadir la norma tributaria⁵⁵; y estar dibujada de manera a afectar únicamente a los “montajes puramente artificiales”, expresión cuyo significado la corte no se esfuerza por definir, pero se puede deducir que significa una transacción o conjunto de transacciones que no tiene otra racionalidad a parte del objetivo de reducir la carga fiscal en una determinada situación⁵⁶. No mencionamos este asunto decidido por el Tribunal de Justicia en 2002 por la relevancia de la doctrina sentada ahí, pues como hemos dicho padece de una serie de incongruencias⁵⁷, sino por los efectos que desencadenó. Dentro de la incongruencia y oscuridad que la afectan⁵⁸, la sentencia *Lankhorst-Hohorst* fue un se-

55 Es lo que se desprende, a nuestro parecer, de los párrafos 37 y 38 del texto de la sentencia.

56 Sobre el concepto de montaje puramente artificial en la jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede verse POZA CID/SANTAELLA VALLEJO, *La coordinación de la fiscalidad directa en la Unión Europea*, Crónica Tributaria, núm. 137, 2010, pp. 206-207; BROE, L. D., *op. cit.*, p. 809; HELMINEN, M., *The International... cit.*, pp. 116 et seq; BARENTS, R., *Directory of EU Case Law on Direct Taxation*, Kluwer Law International, 2009, pp. 160 et seq.

57 Incongruencias señaladas por ejemplo por TERRA, B. / WATTEL, P., *op. cit.*, p. 585; y por GUTMANN, D. / HYNNEKENS, L., *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*, EC Tax Review, núm. 2, 2003, p. 94.

58 Concordamos con PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 978, en que un aspecto crucial que queda por aclarar es el valor que el Tribunal de Justicia de la EU atribuye a posibilidad de prueba en contrario ofrecida por la derogada norma alemana respecto a la conformidad de ésta con el Derecho comunitario.

ñal para los Estados miembros de la UE de que las medidas fiscales anti-abuso, dentro de cuya categoría se insertan las medida anti subcapitalización que estamos tratando, deben acercarse de los métodos de tipo subjetivo⁵⁹.

3.2. Desarrollos subsecuentes a la sentencia *Lankhorst-Hohorst*

En un momento inicial, la reacción de los Estados miembros a la citada sentencia *Lankhorst-Hohorst* fue de algún desconcierto, una vez que la corte europea había franqueado las puertas para una utilización masiva de la subcapitalización dentro del mercado común de la UE, como forma de realizar economías fiscales sacando partido de las diferentes cargas tributarias entre los Estados miembros, sin dejar establecidas pautas ni mínimamente claras sobre cómo los Estados deberían adaptar sus regímenes de subcapitalización, a fin de hacerlos conformes con el Derecho europeo y según los parámetros del Tribunal⁶⁰. Varios países trataron de cambiar precipitosamente sus normas anti

59 Quedaría siempre por aclarar qué tipo de métodos subjetivos serían los adecuados a una norma compatible con el Derecho comunitario. ALMUDÍ CID, J. M. /SERRANO ANTON, F., *op. cit.*, p. 166, advierten que en la sentencia *Lankhorst-Hohorst* el TJUE parece exigir que la subcapitalización sea tratada según la doctrina del abuso de derecho. PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 979, por su banda, advierte que de esta decisión resulta una discrepancia entre las posiciones de la OCDE y del TJUE, pues mientras para la primera es suficiente que la norma otorgue al sujeto pasivo la posibilidad de probar que la operación de endeudamiento podría haber sido pactada en condiciones de plena concurrencia, ya lo mismo no parece ser bastante para garantizar la compatibilidad de la norma doméstica de subcapitalización con el Derecho comunitario. En el mismo sentido, HARRIS, P. / OLIVER, D., *op. cit.*, p. 243.

60 Tres años después de haber proferido la mentada decisión sobre la legislación alemana, en el asunto *Thin Cap GLO* (TJCE, 13.3.2007, Proc. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), esta vez sobre las normas sobre subcapitalización británicas, el Tribunal de Justicia de la UE atemperó en cierta medida la postura que había adoptado en el asunto *Lankhorst-Hohorst*. Y la Comisión Europea, en una actitud poco ortodoxa desde el punto de vista institucional, emitió en 2007 un documento interpretando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The Application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee*, COM(2007) 785 final, Bruselas, 2007) en el que también se introdujo alguna flexibilidad respecto de la admisibilidad de una utilización de medidas de tipo objetivo u “safe harbours”.

subcapitalización⁶¹, con el objeto de obviar una declaración de incompatibilidad por parte del Tribunal de Justicia. El único trazo común a todos los nuevos regímenes radica en la eliminación de cualquier diferencia de trato que pueda ser discriminatoria entre empresas residentes y empresas domiciliadas en otro Estado de la Unión Europea. Mientras tanto, otros Estados optaron por puramente cesar la aplicación de sus normas de subcapitalización entre empresas dentro de la Unión Europea⁶², manteniendo esos regímenes plenamente aplicables en ámbito de relaciones con empresas residentes en Estados terceros⁶³. Otros países prefirieron

61 TERRA, B.J.M. /WATTEL, P.J., *op. cit.*, p. 587.

62 España y Portugal son dos ejemplos de la situación descrita. El artículo 20.1 del Texto Re-fundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) estipula: “1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo u indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos”. En 2003 (Ley 62/2003, del 30 de diciembre) se añadió a este precepto el apartado 4 que predica: “Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal”. Sobre el régimen español de subcapitalización *vide* PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, pp. 966 et seq; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 988 et seq; VEGA BORREGO, F. A., *op. cit.*, pp. 95 et seq. En el Derecho portugués, el artículo 67.1 del Código del Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas establece: “Cuándo el endeudamiento de un sujeto pasivo con relación a una entidad que no sea residente en territorio portugués o en otro Estado-miembro de la Unión Europea con la cual tenga relaciones especiales (...), sea excesivo, los intereses suportados relativamente a la parte considerada en exceso no son deducibles a efectos de la determinación del beneficio imponible” (traducción de la autora). Sobre el régimen portugués de subcapitalización *vide* TEIXEIRA, G., *op. cit.*, pp. 141 et seq; y SALDANHA SANCHES, J. L., *Os Limites do planeamento fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 300 et seq.

63 Como ya hemos mencionado, la razón por la que en varios países se establecieron regímenes de subcapitalización incidentes únicamente en los intereses pagados por sujetos pasivos a entidades no residentes está en el hecho que, cuándo el acreedor de los intereses es un residente, y por lo tanto también un sujeto pasivo en mismo Estado de la empresa que paga los intereses, la situación de subcapitalización puede no tener ningún efecto de erosión sobre la base imponible en ese Estado, si los intereses recibidos quedan sometidos a un tipo de impuesto equivalente al que incidiría sobre los beneficios de la entidad mutuaría. Obviamente, el legislador español y el portugués modificaron sus regímenes confiando que una diferencia de trato como la mencionada, justificada por la necesidad de defender los sistemas respectivos contra la evasión fiscal internacional conseguida a través de un nivel excesivo de endeudamiento, no vulneraría el principio de no discriminación contenido en los convenios

ron reformular enteramente sus regímenes de subcapitalización⁶⁴. En resultado de ello, al día de hoy los regímenes de subcapitalización en los Estados-miembros de la UE son ampliamente variados no pudiendo distinguirse en ellos una tendencia uniforme⁶⁵. En una parte de ellos se eliminó la distinción de trato para los intereses pagados a entidades residentes y no residentes⁶⁶, mientras en otros tantos se mantiene esa distinción⁶⁷. Algunos siguen estableciendo una ratio fija entre deuda y capital propio, como una presunción de la existencia de una subcapitalización, pero son ya pocos los que reducen sus regímenes de subcapitalización a esa ratio⁶⁸. Algunos países siguen limitando el ámbito de la aplicación de sus regímenes de subcapitalización a las relaciones entre entidades vinculadas, mientras en otros Estados, dichos regímenes se extienden a los préstamos

internacionales sobre doble imposición de que formen parte. Sin embargo, esta cuestión en la actualidad es objeto de dudas fundadas, a las que aludiremos en un punto ulterior.

64 Fue el caso de Alemania, ya citado, y también de Francia e Italia. Sobre el régimen de subcapitalización italiano *vide* MAISTO, G., *op. cit.*, p. 66; MATTIA, S., *Finanziaria 2008: la nuova disciplina della deducibilità degli interessi passive per I soggetti Ires*, Commercio Internazionale, núm. 4, 2008, pp. 34-38; y EICKE, R., *op. cit.*, pp. 185 et seq. Una perspectiva general sobre la subcapitalización en los países europeos en la actualidad puede verse en AULT/ARNOLD/ GEST, *op. cit.*

65 SAPAROE, A. B., *op. cit.*, p. 3.

66 Es el caso de Holanda, cuyo régimen de subcapitalización se encuentra establecido desde 1996 en el artículo 10d (1) de la Ley del Impuesto sobre la Renta holandesa. Ver sobre el punto MAISTO, G., *op. cit.*, p. 416; y SAPAROE, A. B., *op. cit.*, pp. 4 et seq.

67 España y Portugal son dos ejemplos de ello. Ver los autores referidos en la nota 62.

68 Por lo que conocemos, son España, Portugal y Holanda los únicos países de la UE en los que la presunción de existencia de una situación de subcapitalización se basa exclusivamente en la ratio entre deuda y capital propio.

pactados con terceros⁶⁹. Algunos expertos⁷⁰ señalan una tendencia internacional para abandonar la concepción clásica de subcapitalización, que supone recalificar los pagos de intereses como dividendos, pasando a un método de pura limitación de la deducción de los intereses según una ratio con relación a la base imponible. Hay por otra banda un aspecto que cabe realzar respecto de los nuevos regímenes de subcapitalización de los países de la UE y es que muchos de ellos intentaron, a fin de conformarse sea con la doctrina del Tribunal de Justicia sea con las directrices de la Comisión Europea, incorporar el principio de libre concurrencia en esos regímenes, y en este aspecto hubo un acercamiento de los regímenes de subcapitalización europeos con las normas del Modelo de Convenio de la OCDE y con las recomendaciones de esta organización internacional.

4. Las normas sobre subcapitalización en el Modelo de Convenio de la OCDE

4.1. Las normas potencialmente aplicables

El primer problema que se plantea respecto del tema de la subcapitalización en el ámbito de los convenios sobre doble imposición es la determinación de las normas aplica-

69 Es el caso de Alemania, ya citado (SAPAROE, A. B., *op. cit.*, p. 5). Otros países cuyos regímenes de subcapitalización se aplican tanto en el ámbito de relaciones especiales como en su ausencia son Dinamarca, desde 2007, e Italia, desde 2008. Sobre el régimen de subcapitalización de Dinamarca *vide* REIMER /URBAN / SCHMID, *Permanent establishments. A domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective*, Kluwer Law International, 2011, pp. 9 et seq. Sobre el régimen italiano de 2008, EICKE, R., *op. cit.*, pp. 185 et seq; MAISTO, G., *op. cit.*, p. 66; MATTIA, S., *Finanziaria 2008: la nuova disciplina della deducibilità degli interessi passive per I soggetti Ires*, Commercio Internazionale, núm. 4, 2008, pp. 34-38.

70 EICKE, R., *op. cit.*, p. 253; KESSLER, W. /KNÖRTER, D., *The Implications of the (reverse) ban on interest*, Tax Notes International, núm. 5, 2008, p. 427.

bles⁷¹. El Modelo de Convenio de la OCDE⁷² no contiene una disposición específica sobre subcapitalización⁷³. El artículo 10 del Modelo trata de la tributación de los dividendos y el artículo 11 de la tributación de los intereses. Un régimen de subcapitalización normalmente supone recharacterizar un pago que formalmente está identificado por las partes como un pago de intereses, considerándolo como un pago de un dividendo. Por consiguiente, podría plantearse como primera cuestión si estamos frente a un dividendo, debiendo aplicarse el artículo 10, o más bien a un interés, al que se aplicaría el artículo 11⁷⁴. Para solucionar este problema habría que acudir a las normas de interpretación del Modelo de Convenio⁷⁵. Pero las normas de subcapitalización, que son normas del tipo cláusula anti-abuso⁷⁶, se centran precisamente en el derecho que tiene o no tiene la administración tributaria del Estado de la fuente para cambiar la calificación de una transacción, recharacterizando como dividendos lo que se pagó *prima facie* a título de intereses. Pues bien, en la mayoría de los regímenes de subcapitalización existentes, la norma prevé ese derecho únicamente cuando la transacción que originó la deuda tuvo lugar, directa o in-

71 MICHIELSE, G., *op. cit.*, p. 565; BROE, L. D., *op. cit.* p. 504.

72 Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, designado también vulgarmente como Modelo de Convenio de Doble Imposición (SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, p. 227).

73 MICHIELSE, G., *op. cit.*, pp. 568; HARRIS, P. / OLIVER, D., *op. cit.*, p. 256.

74 Sobre el punto MICHIELSE, G., *op. cit.*, pp. 566 et seq.

75 MICHIELSE, G., *op. cit.*, pp. 566.

76 EICKE, R., *op. cit.*, p. 255.

directamente⁷⁷, en el ámbito de relaciones especiales⁷⁸, es decir, la norma sobre subcapitalización, habitualmente, tiene el carácter de una norma sobre operaciones vinculadas. Así siendo, tiene que plantearse primeramente el problema de la aplicabilidad a la subcapitalización del artículo 9 del Modelo de Convenio, que tiene precisamente como objeto las relaciones entre empresas asociadas⁷⁹. Finalmente, cuando la norma doméstica de subcapitalización incorpore algún elemento discriminatorio según la residencia de las partes en la transacción, ello plantea el problema de la aplicación del artículo 24 del Modelo de Convenio, sobre el principio de no discriminación⁸⁰.

4.2. La relevancia del artículo 9 del Modelo de Convenio para la subcapitalización

Respecto de la tributación de las empresas asociadas, el artículo 9 del Modelo de Convenio estipula:

77 Sobre la distinción entre transacciones pactadas directamente e indirectamente entre empresas asociadas se puede ver, v.g. TEIXEIRA, G., *op. cit.*, p. 141; y ESTEVE PARDO, M. L., *Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización*, Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 216, 2001, pp. 16 et seq. Una situación típica de endeudamiento indirecto es aquella en que el préstamo es contratado con una entidad financiera, existiendo un acuerdo entre esta entidad financiera y una tercera entidad asociada con la sociedad mutuaría, por medio del que la a tercera empresa efectúa un depósito o incluso presta ella mismo capital a la entidad mutuante.

78 BROE, L. D., *op. cit.*, p. 505; ROHATGY, R., *op. cit.*, p. 396.

79 Como hemos ya observado, el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE sobre Tributación de la Renta y del Patrimonio se refiere a “empresas asociadas” y dice que existe una relación de asociación cuando: a) una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante, o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante.

80 ROSENBUJ, T., *Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades*, Impuestos, Vol. II, 1997, p. 244.

Artículo 9

Empresas asociadas

1. Cuando:

a) una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante, o

b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante,

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

2. (...)

El precepto prevé por tanto la posibilidad de corrección de la renta de una entidad residente en un Estado signatario de un CDI, para incorporar en ella los rendimientos que la entidad residente hubiera obtenido si no fueran las condiciones pactadas en virtud de las relaciones de asociación con la otra parte contratante. Puesto que el precepto autoriza, en principio, cualquier corrección de la base imponible que tenga como finalidad ajustarla según lo que debiera

ser la renta obtenida en condiciones de plena concurrencia, nada impide que la regla se aplique a las situaciones de subcapitalización, siempre que la misma sea concebida como el financiamiento directo o indirecto entre sociedades asociadas por medio de préstamos, y cuando dichos préstamos sean contratados en términos que no hubieran podido pactarse en condiciones de plena concurrencia⁸¹. La OCDE, en un informe emitido por su Comité de los Asuntos Fiscales en 1987⁸², cuyas conclusiones fueron incorporadas en los Comentarios a la versión de 1992 del Modelo de Convenio, confirmó que la subcapitalización podía ser considerada como un aspecto de la problemática de las relaciones entre entidades asociadas y, por lo tanto, tratada al amparo del artículo 9 citado⁸³. Desde entonces, el problema de la subcapitalización ha sido tratado en el ámbito del Derecho de los convenios bilaterales sobre tributación de la renta bajo la perspectiva referida⁸⁴.

El problema descrito se planteó y fue solucionado, como acabamos de ver, en los años ochenta, cuando el fenómeno de la subcapitalización empezaba a irrumpir. En la actualidad, con el surgir de los regímenes de subcapitalización “post Lankhors-Hohorst” se plantea un problema de interpretación nuevo que es el de saber si los Estados pueden aplicar las normas de subcapitalización, recaracterizando los pagos de intereses como dividendos, cuando no exista una relación de “empresas asociadas”, según la definición del artículo 9(1). Hasta fechas recientes la cuestión no ha-

81 VEJA BORREGO, F. A., *op. cit.*, p. 103; TEIXEIRA, G., *op. cit.*, pp. 144-145.

82 ORGANIZATION FOR CO-OPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT, *Thin Capitalisation...*, *cit.*

83 El Informe de la OCDE referido atestigua que el artículo 9 “es aplicable claramente a los pagos de intereses” (*vide* WITTENDORFF, J., *Transfer...* *cit.*, p. 181).

84 VEGA BORREGO, F.A., *op. cit.*, p. 103; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 1005-1006; TEIXEIRA, G., *op. cit.*, p. 141 et seq; KESSLER, W. /KNÖRTER, D., *op. cit.*, p. 430.

bía sido demasiado relevante, una vez que los regímenes de subcapitalización como regla prácticamente universal incorporaban como requisito de su aplicación la existencia de relaciones de “asociación”⁸⁵ (en algunos casos de “vinculación”) entre las partes en la operación de financiamiento. Pero en la actualidad, cuando en los regímenes de subcapitalización de varios Estados-miembros de la Unión Europea esa

85 El artículo 9 del MCOCDE refiere “empresas asociadas” (en inglés “associated enterprises”). El término “related parties”, muy utilizado en el idioma inglés, parece tener el mismo significado que “associated enterprises”, según se puede ver v.g. en COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE WORKING GROUP (CCCTB WG), *Related parties in CCCTB, Working document* CCCTB\WP\041\doc\en, European Commission, Bruselas, 2006, p. 4). La OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Transfer...*, cit., p. 17), ha “definido” esta relación de asociación diciendo que “dos empresas son asociadas una de la otra cuando una de ellas está, respecto de la segunda, en las condiciones enunciadas en el art. 9 del Modelo de Convenio”. Es decir, el artículo 9, que se aplica a las empresas asociadas, es el que define lo que son “empresas asociadas”. La definición del artículo 9 es bastante clara. Hay relación de asociación entre dos empresas en dos situaciones: a) Cuando una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante, o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante. De la lectura del precepto se ve que la relación de asociación puede resultar de cualquier uno de los siguientes tres factores: participación (directa o indirecta) en la dirección, en el control o en el capital de la una segunda empresa. Respecto del tercer factor – participación en el capital – se señala que el artículo 9 del MCOCDE no especifica un nivel mínimo de participación. En general, los Estados suelen establecer en sus legislaciones domésticas unos límites mínimos relativos a la participación de una empresa en el capital de otra para que puedan considerarse asociadas. [En España los límites son los fijados en el artículo 16.2 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 969). Sobre cuáles son esos límites *vide* GARCÍA FRÍAS, M. A., *op. cit.*, p. 8. En Portugal, el concepto utilizado es el de “relaciones especiales”, el cual viene definido en el artículo 63º,1 del Código el Impuesto sobre las Personas Jurídicas. Según el este precepto, existen relaciones especiales entre dos entidades siempre que una de ellas tiene el poder de ejercer una influencia significativa, directa o indirectamente, en las decisiones de gestión de la otra. Este poder ocurre en numerosas situaciones. En lo que concierne las participaciones de capital, una participación de 10 por cien es suficiente para que se verifique una relación especial (Sobre el tema, TEIXEIRA, G. *op. cit.*, pp. 141-144]. Al fijar límites mínimos a la participación determinante de una relación de asociación, las legislaciones domésticas restringen el campo de aplicación de los mecanismos de corrección previstos en el artículo 9 del MCOCDE en su perjuicio, es decir, limitando su propio derecho a corregir la base imponible del sujeto pasivo, por comparación con lo que sería posible según una aplicación del criterio del artículo 9. Por ese motivo, los límites fijados por los Estados en sus legislaciones domésticas no colisionan con el artículo 9 del MCOCDE. Es importante referir aún que el término “empresas asociadas” no coincide con el término “relaciones especiales”, empleado en el artículo 11.6 del MCOCDE, siendo el segundo más amplio que el primero según la doctrina dominante (*Vide* BROE, L. D., *op. cit.*, p. 506).

condición fue eliminada, y además se divisa una tendencia para que esta nueva fórmula se propague a otros Estados fuera de esa región, el problema del encuadramiento de una situación de subcapitalización cuando no esté subyacente una relación de asociación según el artículo 9(1) tiene obligatoriamente que replantearse. Desde luego no parece que pueda seguir invocándose el artículo 9(1) del MCOCDE para cubrir las mentadas situaciones. Y una cuestión nueva que asoma en este caso es si puede aplicarse un régimen de subcapitalización, entre dos Estados signatarios de un CDI, cuando dicho régimen no se encuadre dentro del ámbito del artículo 9(1) del Modelo de Convenio⁸⁶.

La cuestión puede plantearse como un problema de interpretación del artículo 9(1) del Modelo de Convenio, a saber, si dicho precepto tiene una función de restringir la posibilidad de un Estado de ajustar del beneficio declarado por el contribuyente, limitando esa posibilidad a las situaciones en las que exista una relación de asociación entre las entidades contratantes⁸⁷. Al no existir una relación de aso-

86 Según BROE, L. D., *op. cit.*, p. 506, del artículo 9 deriva que la aplicación de una norma sobre subcapitalización sólo puede cobrar efecto en el ámbito de un CDI cuando los intereses no deducibles o recharacterizados como dividendos e incluidos en la base imponible del sujeto pasivo no excedan la renta que podría haber resultado de la misma operación en condiciones de plena concurrencia. El autor parece excluir, con esta afirmación, la posibilidad de una norma sobre subcapitalización que no recoja el amparo del artículo 9. Ya HARRIS, P./OLIVER, D., *op. cit.*, p. 256, manifiestan que “aun cuando la norma doméstica sobre subcapitalización no pueda aplicarse a cubierto del artículo 9, ello no implica necesariamente la inaplicabilidad de la norma en el ámbito de un CDI, ya que según una regla fundamental del Derecho de los convenios sobre doble imposición, la norma doméstica debe subsistir, a menos que vulnere una norma del CDI. Si la norma doméstica no tiene un ámbito de aplicación coincidente con el del artículo 9, no puede decirse que existe una incompatibilidad y la única norma del MCOCDE que puede oponerse a esa norma doméstica es el artículo 24, sobre no discriminación.

87 El problema de interpretación planteado es distinto de otro bastante discutido por los estudiosos con relación al artículo 9(1), de saber si, siempre y cuando exista una relación de asociación entre las empresas pactantes, el principio de independencia como forma de asignar las rentas gravables por cada Estado constituye una obligación para el Estado de residencia del deudor de los intereses. Sobre este problema y sobre la problemática de la interpretación del artículo 9(1) en general, *vide* WITTENDORFF, J., *The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model*, Bulletin for International Taxation, Marzo, 2009, pp. 107-130.

ciación, el Estado no podría efectuar ningún ajuste al rendimiento declarado. Una interpretación como la descrita no sólo parece ser demasiado restrictiva del poder tributario de los Estados, como además no solucionaría definitivamente el problema, sino que abriría otros, ya que todavía habría que cuestionar si una norma del tipo “interest-stripping” (como la actual norma alemana), al establecer un límite a la deducción de intereses en función del montante del beneficio líquido, implica todavía un ajuste en los beneficios para efectos del artículo 9(1), colisionando con su función restrictiva.

Siguiendo en la búsqueda de una solución mediante la interpretación del artículo 9(1), otra interpretación posible sería que el precepto limita su alcance a las situaciones en las que el elemento central del dispositivo doméstico sea la existencia de una relación de asociación (y la posibilidad de manipulación de las condiciones contractuales que esa relación implica), admitiendo expresamente la posibilidad de un ajuste efectuado, en este supuesto, de acuerdo con el principio de plena concurrencia, sin perjudicar una norma doméstica que tenga otra *ratio decidendi*⁸⁸. En nuestra opinión, un elemento interpretativo que hay que tener en cuenta es que el artículo 9(1) del Modelo de Convenio fue concebido originariamente para aplicarse a las situaciones de precios de transferencia⁸⁹ y que por esa razón se limitó su ámbito de aplicación a las situaciones en que existe una asociación entre las empresas contratantes. Se aceptó mientras tanto que el precepto podría aplicarse a la subcapitalización porque ésta, según el concepto incorporado en la mayoría de los regímenes de subcapitalización vigentes hasta fechas recientes, se asimilaba bastante a la problemática de los precios de transferencia, implicando siempre

88 MICHIELSE, G., *op. cit.*, p. 568, plantea la cuestión en los términos descritos. Parecen suscribir la misma interpretación HARRIS, P./ OLIVER, D., *op. cit.*, p. 256.

89 HARRIS, P./OLIVER, D., *op. cit.*, p. 256.

una situación de empresas vinculadas o asociadas. Pero ya si el régimen doméstico de subcapitalización se aplica independientemente de una relación de vinculación o de asociación entre las empresas pactantes- cómo es el caso de una norma del tipo “interest-stripping”, el artículo 9(1) ya no tendría cabida, ni para aplicarse directamente el régimen ahí establecido, ni para limitar el modo de actuación de las administraciones fiscales al mecanismo previsto en ese mismo precepto, excluyendo otras formas de corrección de la renta⁹⁰. Sin embargo, se advierte también que esta interpretación literal puede ofender el espíritu de los convenios bilaterales, específicamente cuando la aplicación del régimen doméstico de subcapitalización origine doble imposición de la renta, dejando al Estado de residencia del prestamista toda la responsabilidad por eliminar la misma doble imposición. De todas formas, sobre este nuevo problema no existe todavía ni doctrina suficiente ni mucho menos jurisprudencia que permita de momento tomar ninguna solución como concluyente. El problema se ubica, en larga medida, en el campo de las relaciones, en general, entre el Derecho doméstico y el Derecho de los convenios bilaterales sobre doble imposición⁹¹.

Otro problema relacionado con la relevancia del artículo 9(1) del Modelo de Convenio para el tema de la subcapitalización tiene que ver con la aplicabilidad, en el mismo tema, del artículo 11(6) del mismo Modelo de Convenio. Este precepto dispone:

“Cuando por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que

90 En los comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio, en su revisión de 1992, se declaraba expresamente que la disposición citada no impedía el ajuste de beneficios al amparo de normas domésticas en condiciones distintas de las previstas en el artículo 9 (WITENDORFF, J., *Transfer...*, cit., p. 103). En el mismo sentido parece manifestar en la actualidad HELMINEN, M., *The international...*, cit., p. 215.

91 Sobre este punto, v.g., CAMPBELL, D., *International Taxation of Low-Tax Transactions* (2007) - *High-Tax Jurisdictions*, York Hill Law, Salzburg, 2007, p. 175.

uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses habida cuenta del crédito por el que se paguen exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe, En tal caso, el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio”.

La doctrina señala⁹² que el ámbito del precepto es limitado, ya que permitiría únicamente al Estado denegar la deducción de los intereses a los que el sujeto pasivo no hubiera podido obligarse en ausencia de relaciones especiales, pero no ya tratar los mismos intereses considerados excesivos como dividendos.

4.3. La recaracterización de los intereses al amparo del artículo 9(1) MCOCDE

Otra cuestión clásica que se ofrece respecto de la interpretación de artículo 9(1) del Modelo de Convenio reside en saber si la mentada disposición autoriza al Estado de la entidad deudora de los intereses no solamente limitar la deducción de intereses sino también tratar los intereses considerados en exceso como dividendos, aplicándoles las formas impositivas que quepan a esta forma de renta⁹³. Los comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio admiten expresamente que la disposición es relevante para determinar no sólo si el interés contratado se contiene dentro de los límites de lo que podría ser pactado en condiciones de plena concurrencia, sino también si el contrato que reviste la forma de un préstamo debe ser considerado realmente como un préstamo o como alguna otra forma de transacción

92 BROE, L. D., *International tax planning and prevention of abuse. A study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies*, IBFD, 2008, p. 506.

93 BROE, L. D., *op. cit.*, p. 504; MICHIELSE, G., *op. cit.*, p. 568.

y en particular como una contribución de capital⁹⁴. A pesar de que los Comentarios al Modelo de Convenio no tienen, obviamente, ningún valor vinculante⁹⁵, esta interpretación tiene una aceptación generalizada⁹⁶.

4.4. El principio de no discriminación

Por último, dentro de las norma de los convenios bilaterales sobre doble imposición con relevancia para el tema de la subcapitalización, cabe mencionar el artículo 24, párrafos 4 y 5⁹⁷. El precepto establece un principio general de no discriminación (en su párrafo primero), al dictar que “los nacionales de un Estado Contratante no estarán sometidos en el otro Estado Contratante a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la

94 ROSENBUJ, T., *op. cit.*, p. 246; CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 1006. Los dos últimos autores observan también que, con independencia de la mentada interpretación de la OCDE vertida en los Comentarios, el artículo 10 del Modelo de Convenio ya permitiría tratar como dividendos los pagos efectuados bajo la fisonomía de intereses, siempre y en la medida en que el prestamista comparta los riesgos de la empresa.

95 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 1007.

96 Algunos autores critican la interpretación propuesta por la OCDE, manteniendo que el artículo 9(1) únicamente autoriza los Estados a efectuar un ajuste al beneficio imponible cuando resulte probado que los intereses no han sido pactados en condiciones de concurrencia, y no permite una recaracterización de los intereses como dividendos. Estos autores basan su opinión en una interpretación literal del artículo 9(1) y ponen la llave de esa interpretación en la expresión “condiciones aceptadas o impuestas”, considerando que la expresión concierne únicamente los términos de un contrato y no comprende la propia naturaleza de la transacción (vide v.g. MICHIELSE, G., *op. cit.*, p. 568).

97 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 1005-1008; *op. cit.*, pp. TEIXEIRA, G., *op. cit.*, p.146-147; ROSENBUJ, T., *op. cit.*, pp. 244-247; HELMINEN, M., *The International ...*, *cit.*, pp. 209-210. Sobre el principio de no discriminación en general, contenido en el artículo 24 del Modelo de Convenio vide MARTÍN JIMÉNZ, A. J., *No discriminación*, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales 2005*, CISS, Valencia, 2005, pp. 433-456; y AMATUCCI, F, *El tratamiento discriminatorio en el Modelo OCDE (art. 24)*, en UCKMAR, V. (coord.), *Curso de Derecho tributario internacional*, Temis, Bogotá, 2003, pp. 59-99.

residencia”⁹⁸. Conjuntamente, se establece en otro apartado del mismo precepto (el párrafo cuarto), con aplicación más específica al tema que estamos tratando⁹⁹, que “a menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11, o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, cánones o regalías y demás gastos pagados por una empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar”.

Sobre la aplicación de estos dos preceptos a las normas sobre subcapitalización que venimos describiendo, cabe señalar primeramente que se distinguen claramente dos situaciones: una primera en que el artículo 9(1) (o en alternativa el artículo 11.6) es aplicable, y una segunda en que esta disposición no tiene aplicación. Ya hemos mencionado que el artículo 9(1) es aplicable cuando el régimen de subcapitalización se aplique a transacciones entre entidades asociadas. Cuando esta condición se verifique, la norma admite expresamente la posibilidad de ajustar los beneficios declarados según un principio de independencia, discutiéndose si impone esta metodología como única posible¹⁰⁰. La mayor parte de los autores están de acuerdo en que el artículo 9(1) impone que una norma doméstica que pretenda corregir la cantidad de intereses deducidos en virtud de deudas pactadas entre empresas asociadas, debe necesariamente respetar el principio de independencia¹⁰¹. Pero

98 Para una visión general sobre la cláusula de no discriminación en los convenios bilaterales sobre doble imposición se puede ver GARCÍA PRATS, A., *La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional*, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., CEF, Madrid, 2007, pp. 1073-1107.

99 TEIXEIRA, G., *op. cit.*, p. 146.

100 WITTENDORFF, J., *The Transactional...*, *cit.*, pp. 112-113.

101 El régimen portugués, v.g., parece cumplir estos dos requisitos, ya que además de aplicarse únicamente a intereses pagados dentro de operaciones directa o indirectamente vinculadas,

se levanta en este punto otro problema de interpretación del artículo 9(1): el de saber si, una vez cumplidas las dos condiciones anteriores, aunque la norma se aplique únicamente a los intereses pagados a un prestamista no residente y no a un residente, la misma sigue siendo conforme con el principio de no discriminación del artículo 24 (apartados 4 y 5). La doctrina mayoritaria contesta de forma positiva esta cuestión, sosteniendo que si la norma doméstica es compatible con el artículo 9(1), es decir si permite corregir la renta declarada únicamente dentro de los límites del principio de concurrencia, entonces ese régimen sería compatible con el artículo 24, aunque se aplique de modo desigual conforme el prestamista sea o no residente¹⁰².

5. La subcapitalización en algunos países con CDI's firmados con Panamá: breves notas

En Panamá, al igual que en Singapur, en Qatar y en Barbados, no existe un régimen anti subcapitalización. En

se prevé la posibilidad para el sujeto pasivo de paralizar la aplicación de la norma, probando que la operación se contiene dentro de los límites de lo que podría haberse pactado en condiciones de plena concurrencia (TEIXEIRA, G., *op. cit.*, p. 141). Ya por lo que respecta a la norma española la misma conclusión sería más dudosa, ya que no se prevé expresamente la posibilidad mencionada en último lugar, de que el sujeto pasivo haga prueba de que habría podido pactar los préstamos discutidos en condiciones de plena concurrencia, sino que la norma española prevé únicamente la posibilidad del sujeto pasivo realizar con la administración un acuerdo previo en el que se fije un coeficiente distinto del previsto para la proporción entre capital fiscal y deuda (CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, p. 1004; PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, pp. 974-976; VEGA BORREGO, *op. cit.*, p. 98.).

102 La doctrina está en los propios comentarios de la OCDE al artículo 24 del Modelo. El párrafo 74 del Comentario al artículo 24 dice: "Paragraph four does not prohibit the country of the borrower from applying its domestic rules on thin capitalization insofar as these are compatible with paragraph 1 of article 9 or paragraph 6 of article 11. However, if such treatment results from rules which are not compatible with the said articles and which only apply to non-resident creditors (to the exclusion of resident creditors), then such treatment is prohibited by paragraph 4" (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010*, OECD Publishing, 2010. Sobre el punto vide PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, p. 973; UCKMAR, V., *Double taxation conventions*, en AMATUCCI / GONZÁLEZ / TRZASKALIK, *International tax law*, Kluwer Law International, 2006, p. 176; HELMINEN, M., *The International..., cit.*, p. 209; BROE, L. D., *op. cit.*, p. 562.

Panamá existen límites a la deducción de intereses en caso de préstamos garantizados con ahorros a plazo fijo¹⁰³.

México introdujo en 2005¹⁰⁴ un régimen anti subcapitalización basado en una ratio fija de 3:1 entre el montante de la deuda y el capital propio. De acuerdo con esta regla, las empresas no podrán deducir los intereses relacionados con una deuda que exceda la mentada ratio. El capital relevante es el que se calcula a efectos de contabilidad comercial¹⁰⁵. En 2007, el régimen fue flexibilizado, a través un acercamiento de los métodos dichos subjetivos. Originariamente, el régimen descrito era aplicable a cualquier empresa, con independencia de la proveniencia de los capitales prestados. Desde 2007, la regla se aplica exclusivamente a intereses pagados a empresas no residentes. Pero ya por otra parte, se prevé ahora la posibilidad de que la administración fiscal recuse la deducibilidad de los intereses pagados a personas o entidades vinculadas, cuando el tipo de interés supere el normal de mercado. También se prevé la posibilidad de deducir intereses relativos a un endeudamiento que exceda la ratio fija, cuando se obtenga una resolución previa favorable de las autoridades fiscales conforme al Art. 34-A del Código Fiscal de la Federación.

Ya hemos hecho referencia al régimen sobre subcapitalización español, establecido en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹⁰⁶. Según dicha norma, cuando el endeudamiento remunerado, direc-

103 CETRÁNGOLO, O. / GÓMEZ SABAINI, J., *La tributación directa en América Latina y los desafíos a la imposición sobre la renta*, Macroeconomía del Desarrollo Series, vol. 60, Economic Commission for Latin America and the Caribbean/Economic Development Division, United Nations Publications, 2008, p. 60.

104 Artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

105 Es posible optar por formas distintas de calcular el capital con el que se compara la deuda.

106 Ver PALAO TABOADA, C., *op. cit.*, pp. 966 et seq; y CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 988 et seq; CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Intereses*, en CALDERÓN CARRERO, J. M., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2008, pp. 271-272.

to u indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente que esté vinculadas con aquélla, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 sobre la cifra del capital fiscal, los intereses que correspondan al exceso tendrán la consideración del dividendos¹⁰⁷. Desde 2004, la norma no se aplica cuando el acreedor de los intereses sea una entidad residente en otro Estado-miembro de la Unión Europea. Por lo que se refiere a la aplicación de la norma en el ámbito de un Convenio sobre Doble Imposición, se ha discutido su compatibilidad con el principio de no discriminación¹⁰⁸.

La norma portuguesa sobre subcapitalización, constante del artículo 68 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades dispone que cuando el endeudamiento de una empresa con una entidad no residente (ni en territorio portugués ni en otro Estado-miembro de la Unión Europea) con la a cual existan relaciones especiales, exceda el doble del valor de la participación del acreedor en el capital propio de la deudora, los intereses soportados relativamente a la parte considerada en exceso no son deducibles. El contribuyente puede evitar la aplicación de la norma cuando pruebe que el endeudamiento se pactó dentro de los límites del principio de independencia. Hasta el momento no se ha cuestionado judicialmente la compatibilidad de este régimen con los convenios internacionales sobre doble imposición.

En Países Bajos fue introducido en 2004 una norma sobre subcapitalización, basada en una ratio fija de 3:1. La norma es aplicable únicamente al endeudamiento dentro de un grupo de sociedades y la empresa contribuyente puede evitar la aplicación de la norma cuando pruebe que su ratio de endeudamiento no discrepa significativamente de la ratio de endeudamiento del grupo de sociedades considerado globalmente.

107 CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, pp. 271-272.

108 CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *op. cit.*, pp. 1007 et seq; CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, pp. 271-272.

En Luxemburgo no existe un régimen anti subcapitalización específico. Pero es posible recusar la deducción de intereses relacionados con un endeudamiento excesivo al amparo de una cláusula general anti-abuso. En este caso, la administración fiscal aplica una ratio de 85:15 entre el endeudamiento y el capital propio.

República de Corea tiene vigente una norma sobre subcapitalización basada en una ratio fija de 3:1 entre el endeudamiento de la sociedad residente con una entidad no residente y vinculada y su capital propio.

En Estados Unidos de Norteamérica un régimen anti-subcapitalización fue introducido en 1989. De acuerdo con la norma establecida en ese entonces, el régimen se aplica cuando: i) el nivel de endeudamiento excede 1,5 del capital social; ii) los gastos relativos a los intereses exceden un cincuenta por cien de la cifra del “beneficio ajustado”. Esta cifra es el beneficio anual aumentado de los intereses, las amortizaciones y la pérdida operacional líquida; iii) el acreedor de los intereses está exento de impuesto sobre esos intereses. Esta última condición afecta mayoritariamente a los no residentes. Cuando se cumplan estos dos requisitos, los intereses que exceden el cincuenta por cien de la cifra del beneficio ajustado no son deducibles en ese año, pero pueden reportarse hacia los cinco años siguientes¹⁰⁹.

En Italia, tras sucesivas alteraciones legislativas recientes, se adoptó un régimen en 2008 que limita la deducción de intereses pagados a un 30 por cien de un beneficio ajustado, el EBITDA. El EBITDA es la cifra del beneficio anual aumentada de las cantidades correspondientes a los intereses, amortizaciones e impuesto¹¹⁰.

109 WEBER, S., *Thin capitalization and interest deduction regulations*, Discussion Paper núm. 8, Copenhagen Research Group on International Taxation – CORIT, 2010, p. 24.

110 WEBER, S., *op. cit.*, p. 40.

En Francia, de acuerdo con la legislación aprobada en 2007, el régimen de subcapitalización sienta en una ratio de 1,5:1 entre la deuda y el capital social. No son deducibles los intereses que excedan el 25 por cien del beneficio anual antes de impuesto¹¹¹.

Los Convenios formados con los países supramentados todos ellos tienen una disposición correspondiente al artículo 24.4 del Modelo de Convenio, que expresamente prohíbe a los Estados signatarios tratar los intereses pagados a un no residente de forma distinta a la que quedan sujetos los intereses pagados a residentes, con las únicas excepción del convenio firmado con Singapur y del convenio firmado con Estados Unidos de Norteamérica que es un convenio para la cooperación fiscal y el intercambio de información en materia de impuestos, y no, como los restantes, un convenio evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta.

6. Conclusiones

Los regímenes de subcapitalización están sufriendo una rápida evolución, como consecuencia de una aplicación más amplia del principio de no discriminación de trato fiscal que se contiene en el artículo 24 Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE. La colisión con este principio surge por el hecho de que, tradicionalmente, los regímenes de subcapitalización se aplican únicamente a los intereses pagados por residentes a no residentes. Según una corriente interpretativa dominante, estos regímenes quedarían salvaguardados (por efecto del artículo 24.4) de una colisión con el principio de no discriminación cuando estén conformes con el artículo 9.1 del Convenio, sobre corrección de beneficios entre empresas asociadas. Sin embargo, se plantean muchas dudas alrededor del alcance exacto de estas dos

111 WEBER, S., *op. cit.*, p. 41.

disposiciones. Dentro de los varios tipos de medidas anti subcapitalización, la fórmula clásica basada en una ratio fija entre el endeudamiento y el capital, cuando aplicable exclusivamente a los intereses pagados a no residentes, es particularmente susceptible de colisionar con el principio de no discriminación fiscal internacional, una vez que todo el sistema de reparto del poder tributario subyacente a los convenios asienta en el principio de independencia (*at arm's lenght*). Las fórmulas mixtas, que combinan una ratio fija con una cláusula de salvaguarda, que permite al contribuyente paralizar la aplicación de la norma al demostrar que el préstamo se pactó en condiciones de independencia, ofrecen bastantes dudas respecto de su compatibilidad con el principio de discriminación.

Bajo la presión de este principio, por un lado, y del principio de no discriminación en materia de libertad de circulación del capital y de establecimiento del Derecho de la Unión Europea, varios países miembros de esta organización han abandonado la fórmula clásica y han adoptado regímenes dichos de *interest-stripping*, que consisten en establecer límites a la deducción de intereses en función del monto de los beneficios, sin cualquier distinción de trato entre intereses pagados a no residentes o a residentes. Este tipo de medidas están bien defendidas contra el principio de no discriminación, una vez que se aplican, como regla general, de manera igual a los intereses pagados a residentes y a no residentes. Pero en cambio, so medidas bastante restrictivas de la libertad de actuación de las empresas.

La mayoría de los países del mundo que tienen regímenes de subcapitalización, sin embargo, sigue teniendo reglas del tipo clásico, basado en ratios fijas entre el endeudamiento y el capital y discriminatorios entre prestamistas residentes y no residentes. Estas medidas, previsiblemente, enfrentarán una presión creciente en virtud de su colisión con el principio de no discriminación de los convenios fiscales bilaterales.

Bibliografía

- ALMUDÍ CID, J. M. /SERRANO ANTON, F., *STJ-CE 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst GmbH, As. C-324/00. Comentario de Jurisprudencia Comunitaria*, Crónica Tributaria, núm. 117, 2005.
- AMATUCCI, F, *El tratamiento discriminatorio en el Modelo OCDE (art. 24)*, en UCKMAR, V. (coord.), *Curso de Derecho tributario internacional*, Temis, Bogotá, 2003.
- AULT/ ARNOLD/ GEST, *Comparative income taxation: a structural analysis*, 3ª ed., Kluwer Law International, 2010.
- AULT, H. J./ ARNOLD, B.J., *Comparative income taxation: a structural analysis*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2004.
- BARENTS, R., *Directory of EU Case Law on Direct Taxation*, Kluwer Law International, 2009.
- BROE, L. D., *International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies*, Doctoral series, Vol. 14, IBFD, 2008.
- BRONSON/JOHNSON/SULLIVAN, *Overview/Best practices*, en CETERIS, *Guide to International Transfer Pricing*, Kluwer Law International, 2011.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., *Métodos para eliminar la doble imposición*, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales 2005*, CISS, Valencia, 2005.
- CAMPBELL, D., *International Taxation of Low-Tax Transactions (2007) - High-Tax Jurisdictions*, York Hill Law, Salzburg, 2007.

CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Intereses*, en CALDERÓN CARRERO, J. M., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2008.

CETRÁNGOLO, O. / GÓMEZ SABAINI, J., La tributación directa en América Latina y los desafíos a la imposición sobre la renta, *Macroeconomía del Desarrollo Series*, vol. 60, Economic Commission for Latin America and the Caribbean/Economic Development Division, United Nations Publications, 2008.

CNOSSEN, S., *Company Taxes in the European*, Fiscal Studies vol. 17, núm. 4, 1996.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The Application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee*, COM(2007) 785 final, Bruselas, 2007.

COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE WORKING GROUP (CCCTB WG), *Related parties in CCCTB, Working document CCCTB\WP\041\doc\en*, European Commission, Bruselas, 2006.

CORDÓN EZQUERRO/GUTIÉRREZ LOUSA, *La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

DAHLBERG, M., Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital,

- Eucotax series on European taxation, vol. 9, Kluwer Law International, 2005.
- EICKE, R., *Tax Planning With Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe: Concepts, Strategies, Structures*, Eucotax series on European taxation, vol. 22, Kluwer Law International, 2009.
- ESSERS, P. et al, *Some Fiscal Aspects of Financing Structures within a Group of Companies and Thin Capitalization Approaches in Europe*, EC Tax Review, núm. 4, 1994.
- ESSERS/MICHELSE/BONT/OFFERMANN/, *Fiscalidad de un grupo de empresas. La subcapitalización*, Revista de Economía Social y de la Empresa, núms. 27/28, 1998.
- ESTEVE PARDO, M. L., *Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización*, Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 216, 2001.
- FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L., *El régimen jurídico fiscal de la subcapitalización en el artículo 20 del RDL 4/2004*, Impuestos, núm 17, 2008.
- GARCÍA FRÍAS, M.A., *Los Precios de transferencia en el ordenamiento tributario español*, Análisis Tributario, Diciembre, 2003.
- GARCÍA PRATS, A., *La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional*, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., CEF, Madrid, 2007.
- GOUTHIERE, B., *A Comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member States of the European Union and Certain other State. Introduction*, European Taxation, Vol. 45, núm. 9, 2005.

- GUTMANN, D. /HYNNEKENS, L., *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*, EC Tax Review, núm. 2, 2003.
- HARRIS, P./OLIVER, D., *International Commercial Tax*, Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, 2010.
- HELMINEN, M., *The dividend concept in international tax law: dividend payments between*, Series on international taxation, Vol. 25, Kluwer Law International, 1999.
- HELMINEN, M., *The International Tax Law Concept of Dividend*, Series on International Taxation, núm. 36, Kluwer Law International, 2010.
- HOLMES, K., *International tax policy and double tax treaties: an introduction to principles and application*, IBFD, Amsterdam, 2007.
- KESSLER, W. /KNÖRTER, D., *The Implications of the (reverse) ban on interest*, Tax Notes International, núm. 5, 2008.
- LANG, M., *CFC legislation, tax treaties and EC law*, Eucotax series on European taxation, vol. 8, Kluwer Law International, 2004.
- LANG/ OBERMAIR/ SCHUCH (eds), *Tax Compliance Costs for Companies in an Enlarged European Community*, Eucotax Series on European Taxation, vol. 19, Kluwer Law International, 2008.
- LAROQUE, G., *Commentary*, en INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES, *Dimensions of Tax Design: The Mirrlees Review*, Oxford University Press, Nueva Iorque, 2010.

- LOUSA, M.P., “As regras fiscais sobre subcapitalização”, *Ciência e Técnica Fiscal*, núm. 383, 1996.
- MAISTO, G., *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, EC and international tax law series, Vol. 4, IBFD, 2008.
- MARTÍN JIMÉNZ, A. J., *No discriminación*, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales 2005*, CISS, Valencia, 2005.
- MATTIA, S., *Finanziaria 2008: la nuova disciplina della deducibilità degli interessi passive per I soggetti Ires*, *Commercio Internazionale*, núm. 4, 2008.
- MICHIELSE, G., *Treaty aspects of thin-capitalization*, IBFD Bulletin, Dic., 1997.
- NOGUEIRA, “Princípio da Independência – Fundamentos Jurídicos de uma compreensão actual”, in TEIXEIRA/BARROS, *Preços de Transferência e o Caso Internacional*, Porto, Vida Económica, 2004.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax effects on foreign direct investment: Recent evidence and policy analysis*, OCDE, Paris, 2007.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Tax Policy Studies Choosing a Broad Base - Low Rate Approach to Taxation*, OECD, 2010.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Taxation of cross-border portfolio investment: mutual funds and possible tax distortions*, OCDE, 1999.

- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Thin Capitalisation, Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*, Issues in International Taxation, núm. 2, OECD, Paris, 1987.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, OCDE, Paris, 2009.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Conducting Business in Weak Governance Zones*, OECD, Paris, 2006.
- PALAO TABOADA, C., *La subcapitalización*, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., CEF, Madrid, 2007.
- PILTZ, D., *Aspectos Internacionales de la Subcapitalización*, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXXIb, Kluwer, 1996.
- PISTONE, A., *La Tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profile internazionali e comparati*, CEDAM, Padua, 1994.
- POZA CID/SANTAELLA VALLEJO, *La coordinación de la fiscalidad directa en la Unión Europea*, Crónica Tributaria, núm. 137, 2010.
- REIMER /URBAN / SCHMID, *Permanent establishments. A domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective*, Kluwer Law International, 2011.
- ROSENBUJ, T., *Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades*, Impuestos, Vol. II, 1997.

- SALDANHA SANCHES, J. L., *Os Limites do planeamento fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- SALVATOIRES, C., *Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione. Regole di disapplicazione e strumenti de difesa del contribuente*", Bolletino Tributario, núm. 6, 2005.
- SAPAROEAE, A. B., *Optimizing the Interest Deduction Rules – A Never-Ending Story*, European Taxation, núm. 1, 2009.
- SCHEFFLER, W., *Besteuerung von Unternehmen: Ertrag-, Substanz- und Verkehrsteuern (I)*, 11^a ed., Hühig Jehle Rehm, 2009.
- SCHÖN, W., et al, *Debt and equity: what's the difference? A comparative view*, Research Paper Series, núm. 9, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, 2009.
- SERRANO ANTÓN, F., *Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación*, en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 3^a ed., CEF, Madrid, 2007.
- SHAVIRO D. N., *Decoding the US corporate tax*, The Urban Institute, Washington, 2009.
- SHAVIRO, D. N., *When rules change: an economic and political analysis of transition relief and retroactivity*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.
- SHLOMO AVI-YONAH, R., *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*, Cambridge tax law series, Cambridge University Press, 2007.

TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2008.

TERRA, B. J.M. /WATTEL, P.J., *European Tax Law*, 5^a ed., Fiscal Studies Serie, núm. 29, Kluwer, 2008.

THURONYI , V., *Tax law design and drafting*, Vol. 2, International Monetary Fund, 1998.

UCKMAR, V., *Double taxation conventions*, en AMATUCCI / GONZÁLEZ /TRZASKALIK, *International tax law*, Kluwer Law International, 2006.

VEGA BORREGO, V., *La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*, Crónica Tributaria, núm. 104, 2002.

VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3^a ed., Kluwer Law International, 1997.

WEBER, D., *European Direct Taxation: Case Law and Regulations*, 2^a ed., Kluwer Law International, 2010.

WITTENDORFF, J. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, 2010.

WITTENDORFF, J., *The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model*, Bulletin for International Taxation, Marzo, 2009.

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN PANAMÁ:

Criterios sobre una Justicia Tributaria Eficiente¹

Milena Z. Domínguez S.
Abogada

Sumario

- I. Antecedentes de una Reforma: Camino hacia el avance en la Justicia Tributaria
 - II. ¿Por qué analizamos la Reforma que permite la creación del TAT?
 - a. ¿De qué premisa debemos partir para hablar de una reforma tributaria en la cual se determinan normas de Derecho Procesal Tributario?
 - b. ¿Es una innovación la creación de un Tribunal Administrativo Tributario?
 - III. Procedimiento Administrativo Fiscal – Antes de la Reforma de 2010
 - IV. Medios de Impugnación en Materia Fiscal – Panamá
 - V. Un Tribunal que no sea “Juez y Parte”
 - VI. El Tribunal Administrativo Tributario (TAT), según la Ley 8 de 2010
 - a. Jurisdicción y Competencia
 - b. ¿Quiénes van a integrar el TAT? ¿Cómo serán escogidos?
 - c. Características de los Tribunales Tributarios en América y métodos alternativos de Solución de Conflictos.
 - VII. El TAT: Ventajas y Críticas. Una Justicia Tributaria Eficiente. *Conclusiones.*
- Bibliografía

I. Antecedentes de una Reforma:

Camino hacia el avance en la Justicia Tributaria

El Estado propiamente se constituye como una institución cuyos fundamentos jurídico-políticos desembocan en uno de sus principales elementos, denominado **gobierno**. A través de este último, El Estado realiza su voluntad y ejerce su sistema de organización.

A partir del interés de promover seguridad a sus ciudadanos, e inclusive, estableciéndose bajo su sistema de organización institucional, El Estado promueve el derecho de sus ciudadanos de recurrir a él para obtener mayor protección y una solución a los conflictos suscitados en el marco de esa población.

¿Qué método utiliza el denominado gobierno para lograr mejoras en su sistema jurídico – político? La respuesta precisa: Reforma, cambio, modificación a las normas.

Según el Diccionario Pequeño Larousse, podemos definir el término Reforma como: ***“Acción de reformar o reformarse. Lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora.”***

Por otra parte, reformar es definido por el mismo Diccionario, como: ***“Una nueva forma: reformar las leyes, las costumbres, reparar, restaurar.”***

Para crear un criterio sobre el tema que trataremos en este artículo es preciso elaborar un concepto de Reforma, concepto que implica – según la primera definición – la variación de una cosa, un cambio; la segunda definición nos lleva a enmendar una cosa o deshacer lo hecho para crear una mejora. Nos acercamos al significado de reforma cuan-

do hablamos de que se quiere restituir o modificar algo para lograr mejoras.

No solamente Panamá está sujeto a **cambios** (palabra conocida y nombrada por el actual Gobierno dirigido por el Sr. Ricardo Martinelli B., Presidente de la República de Panamá), y es interesante conocer cómo nuestra realidad de “reforma” se observa plasmada en documentos de otros países; por lo que compartimos dos párrafos de una opinión sobre los Principios para reformular el Sistema Tributario Argentino, especialmente permitimos al lector analizar si la “reedificación” de nuestro régimen tributario, de nuestros procedimientos tributarios constituye o no un avance; aún más cuando volteamos la mirada a un Código Fiscal Panameño lleno de “*parches*” de obligatoria colocación para el conocimiento y aplicación, y de normas que cambian de forma sorprendente con cada gobierno:

Las reformas a las que hemos referido no son esas “reformas” que modifican infinidad de detalles sin cambiar la esencia enferma de los sistemas vigentes (cabría preguntarse si podemos llamar “sistema” a nuestro régimen tributario o si se trata más bien de un conjunto inconexo de pretensiones fiscales). Reformar no es emparchar, modificar, remendar o ajustar. Reformar es reedificar. Las reformas cambian la estructura misma de las cosas, convirtiéndolas en algo enteramente nuevo.

.....

Esto quiere decir que ninguna urgencia fiscal ni ninguna pretensión de justicia tributaria o de eficacia recaudatoria puede atentar o rozar estas expresas garantías

constitucionales. El resguardo de estas garantías impone, además de su puntilloso respeto, una severa estabilidad jurídica a las normas tributarias. El cambio permanente de alícuotas o de regímenes de liquidación pueden convertir en ilusorios los preceptos constitucionales aparentemente respetados.

Es sobre la base y el respeto de estos principios fundamentales que debemos cimentar el sistema tributario. Por lo que sus principios o premisas no pueden ser otros que aquellos que, haciendo propia la preocupación por la vigencia plena de esos derechos y garantías, provean al fisco la solvencia justa para atender gastos y obligaciones razonables.¹ (El subrayado es nuestro)

Es evidente que la existencia de modificaciones y enmiendas a las diversas leyes y normativa panameña constituye un parámetro establecido en cada época, en cada gobierno, en todos los países del mundo; apoyados en el pensamiento de Rosseau, se requiere del acompañamiento de formalidades para revestir de solemnidad el procedimiento de reforma.

Una reforma implica modificación, y un procedimiento que involucra aspectos político, sociales, y económicos al Estado; un estudio del régimen jurídico – histórico de la normativa que va a ser cambiada o enmendada.

Precisamente, es ese procedimiento el que permite la obtención de cambios y nuevos resultados y un ejemplo de ello es la reciente reforma tributaria del año 2010, conce-

1 Monty. Principios para reformular el Sistema Tributario Argentino. Resumen Ejecutivo. Temas 9 y 12; páginas 3 y 4. Página Web: www.atlas.org.ar

bida bajo la **Ley 8 de 15 de marzo de 2010**, por la cual se **Reforma el Código Fiscal, adopta medidas fiscales y crea el Tribunal Administrativo Tributario**.

II. ¿Por qué analizamos la Reforma que permite la creación del TAT?

Para cada gobierno la gestión de la **Reforma** involucra manejo político, económico, social y acciones que pueden concebirse como: **¿Valientes? ¿Convenientes para unos grupos y para otros no? ¿Una innovación? ¿Cambios que sorprenden al país? ¿Reformas justas o injustas?**

Para algunos escribir sobre una **reforma**, cuya puesta en práctica se ejecuta un año después, resultan críticas *utópicas*, dado que no se ha observado el manejo, la forma y el desempeño de quienes ostentarán los importantes puestos que definirán las garantías, los derechos, el debido proceso, y todos los principios que conforman un marco legal justo y equitativo de la institución jurídica creada. No obstante, nuestro criterio redundante en que no solamente debemos intuir y manifestar la forma cómo serán resueltos los problemas; sino también el hecho de definir una conciencia íntegra que sustente el por qué los **cambios** son interesantes para el crecimiento de un país y cómo determinar si esos cambios serán equitativos, justos, y parte de una mejora en la estructura funcional, administrativa y legal.

2 TAT: Tribunal Administrativo Tributario.

El Proyecto 119 de marzo de 2010 promulgado por la Asamblea Legislativa de la República de Panamá (www.asamblea.gob.pa) establece en su exposición de motivos, el orden de las modificaciones, cambios y/o reformas que en resumen formarían parte de hoy conocida Ley 8 de 2010. En la exposición de motivos se determinó en el punto número 11: *la introducción de garantías fundamentales para los contribuyentes y la creación del Tribunal Administrativo Tributario dentro de la órbita gubernativa, dotándosele de independencia a la Administración, con herramientas eficaces para lograr una justicia tributaria expedita basada en la Ley 38 de 2000.*

a. ¿De qué premisa debemos partir para hablar de una reforma tributaria en la cual se determinan normas sobre Derecho Procesal Tributario?

Si bien es cierto, somos de la opinión de que los **cam-bios** son mejoras o nuevas creaciones; un cambio es una prueba permanente, cuyo resultado se observa a futuro, desarrollada a través del tiempo.

Resulta interesante recordar las palabras de Rubén Darío Carles, Jr., quien fungió como Ministro de Hacienda y Tesoro, cuando en 1957 escribió sobre los Problemas de la Administración Fiscal en Panamá, y señaló:

“Es muy fácil criticar; en este país la crítica es fácil y es un sistema que cada día toma más fuerza. Pero la opinión pública responsable, si quiere actuar debidamente, ha de actuar con base en la información; información cierta y veraz. El público tiene derecho a saber qué es lo que hace el gobierno y por qué lo hace. Y de la explicación y de las razones que dé el gobierno, los ciudadanos responsables, los que actúan sin apasionamientos ni intereses personal, llegarán a conclusiones y darán su respaldo o repudio a las medidas que se trata de adoptar o se adopten, según el mérito de las mismas. Nosotros, en ocasiones vivimos envueltos en rumores; la confusión prevalece y creo que lo indicado es que el público sepa la verdad y ustedes como contribuyentes, tienen derecho a saber esa verdad.”³

3 Carles Grimaldo, Ruben Darío. Problemas de la Administración Fiscal en Panamá. Editorial América. Panamá. 1957, páginas 5 y 6.

Para hablar de materia tributaria, específicamente de nuevas normas concernientes al nuevo Tribunal Tributario Administrativo (*al que llamaremos **TAT**, de aquí en adelante*) creado mediante la **Ley 8 de 15 de marzo de 2010 en la República de Panamá (que reforma el Código Fiscal, adopta medidas fiscales y crea el Tribunal Administrativo Tributario)**, es importante recordar la *información o base* para llegar a una reforma y determinar criterios, opiniones, discusiones sobre el tema tributario y la problemática que dejará de existir o continuará, según el desempeño de quienes conformen esta nueva entidad jurídica.

b. ¿Es una innovación la creación de un Tribunal Administrativo Tributario?

La idea de crear un Tribunal Fiscal en el ámbito administrativo constituyó una innovación para Panamá en el año 2011; pero es una idea de *vieja data* y ha sido una propuesta manifestada por abogados, contadores, especialistas del tema y quienes se han visto involucrados en el mejoramiento y aporte para un sistema tributario eficiente.

En el año 1993, se realizó el **Encuentro Nacional sobre la Independencia Judicial y el Ejercicio Libre de la Abogacía en Panamá**, realizado por el *Centro de Estudio para la Independencia Judicial y el Ejercicio Libre de La Abogacía en Panamá*, en el cual se desarrollaron temas relacionados a los procedimientos en materia tributaria se estableció una propuesta de Código Tributario sustentado, en primer término, en una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que confirma la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos conocida como Pacto de San José, donde se consagra que: ***“Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez, un Tribunal Competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley y para la determinación de los derechos y***

obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Aunado al pronunciamiento anterior nos vemos obligados a mencionar otra garantía para el sistema tributario mencionada en nuestra Carta Magna, en su Artículo 41:

Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.

El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja, deberá resolver dentro del término de treinta días. La ley señalará las sanciones que corresponden a la violación de esta norma.

Cabe destacar, *y siendo imposible no indicarlo cuando se tiene la oportunidad de ventilar nuestras opiniones*, que la Constitución Nacional, en el Artículo 41, segundo párrafo, señala: ***“...El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja, deberá resolver dentro del término de treinta días...”*** (el subrayado es nuestro), puede resultar una norma de “existencia utópica (entiéndase: ficticia, establecida en un documento pero considerada letra muerta)”, y aunque siendo nuestra frase de carácter irregular, resulta veraz la posición de muchos abogados y ciudadanos comunes cuando nos encontramos ante peticiones, consultas o quejas que no son resueltas por el servidor público en treinta días y no se aplican las sanciones correspondientes. Es en estos casos, donde analizamos que el no cumplimiento de una norma constitucional no solamente se basa en el mero incumplimiento, sino más bien, en que los inicios, estructura y gobierno de la institución jurídica que rodea al servidor público, así como el desempe-

ño y evaluación de éste último, no han sido definidos para obtener resultados de calidad.

Permitir que continúe la no aplicación de normas constitucionales establecidas constituye un atentado contra la justicia como medio y como fin; contra los derechos de los ciudadanos; contra el marco que nos incentiva a los abogados a continuar creando una mejor labor de crítica.

Considerando que no debemos desistir en la lucha por eliminar la premisa de las “*letras muertas*”, y tomando como ejemplo lo mencionado en el párrafo anterior, es de carácter imperioso resaltar que los legisladores que crean las normas *jurídico – tributarias* deben conocer y/o conocen la existencia de principios de justicia y equidad creados por tratadistas como *Adam Smith, Adolfo Wagner, Harold M. Sommers y Fritz Newmark*, a quienes recordamos por su participación fundamental en la Economía. No podemos privarnos de mencionar su legado en materia de principios tributarios, especialmente, el Principio de Certidumbre o Certeza de Adam Smith o el Principio de Transparencia Tributaria de Newmark, relacionados a la claridad de las normas *jurídico – tributarias*, libre de arbitrariedades por parte de la Administración Tributaria sobre su relación con el contribuyente, porque de los tratados y teorías establecidas se ha revestido el Derecho Tributario Procesal, definido por **Edison Gnazzo**, en su obra **Principios Fundamentales de Finanzas Públicas que identifican un Derecho Tributario Procesal, y lo separan de un Derecho Tributario Administrativo o Formal**, como: “...*el conjunto de normas y principios que gobiernan el proceso tributario.*”⁴

Javier Said Acuña, en su ponencia dictada como expositor invitado en el curso “**Marco Jurídico de la Tributa-**

4 Gaceta Fiscal. Panamá, Año 2. N°2. Panamá. Mayo 2005. Universal Books, 2005. En **Derecho Tributario Procesal**. Said Acuña, Javier. Curso: Marco Jurídico de La Tributación. Páginas 221 y 222.

ción” del Profesor Rafael Rivera Castillo, correspondiente al Postgrado en Tributación dictado en la Universidad Especializada del Contador Público Autorizado (UNESCPA), destacó que:

“Por su parte el Derecho Procesal se refiere al grupo de normas que regulan el proceso tributario, la forma como la Administración Tributaria hará efectivo los impuestos, tributos, contribuciones especiales y tasas contempladas en el Código Fiscal y en las demás leyes que lo adicionan y complementan.

Lo anterior nos llevará a un estudio de las solicitudes, reclamos, recursos en cabeza del contribuyente, el instituto de la consulta previa y los recursos jurisdiccionales de que pueden hacer uso los afectados con una resolución expedida por las autoridades fiscales.” (El subrayado es nuestro)

La creación de instituciones jurídicas conformadas por especialistas de las ramas de derecho para la puesta en práctica de las garantías fundamentales y derechos del ciudadano es un hecho tácito, no discutido y determinante para el cumplimiento de obligaciones.

La recomendación de crear un **TAT** resultó mucho más agresiva y determinante para el Gobierno actual de la República de Panamá; las condiciones políticas, sociales e internacionales obligan a tomar decisiones que involucren el mejoramiento de los sistemas jurídicos e institucionales.

5 Gaceta Fiscal. Panamá, Año 2. N°2. Panamá. Mayo 2005. Universal Books, 2005. En **Derecho Tributario Procesal**. Said Acuña, Javier. *Ibidem*. Páginas 221 y 222.

En 1970 la Dirección General de Ingresos (DGI), mediante Decreto de Gabinete 109, estableció su estructura constituyéndose la *Comisión de Apelaciones* en el ente principal para resolver en segunda instancia las decisiones adoptadas por las Administraciones Regionales que fueran *apeladas* conforme las normas que regulan el procedimiento tributario.

*La Comisión de Apelaciones se integró con tres miembros que generalmente son funcionarios del Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Ministerio de Economía y Finanzas) y de la propia Dirección General de Ingresos. El Director de Ingresos tiene voz pero no voto en la Comisión de Apelaciones.*⁶

III. Procedimiento Administrativo Fiscal – Antes de la Reforma de 2010

El ser humano siempre se ha definido por establecer procedimientos, formas y reglamentos que permitan conocer el método de accionar, sea por medio propio o por medio de un representante, su defensa jurídica ante una situación que considera no satisfactoria o violatoria de sus derechos.

El Código Fiscal determina los recursos del procedimiento fiscal en la vía gubernativa, cuyo objeto permite al contribuyente ejercer su defensa ante las resoluciones que considera violaban o afectaban sus derechos subjetivos.

La aplicación de los medios de impugnación va ligada al **principio de legalidad**. El fundamento principal del **principio de legalidad** es limitar el poder del Estado que maneja los tributos.

⁶ Gnazzo, Edison/Levy, Ricardo. **Legislación Fiscal de la República de Panamá**. Imprenta Universitaria. 1989; Panamá. página 245.

Para Javier Said Acuña, ***“la doctrina y la legislación nacional y la comparada reconocen la existencia de los recursos jurídicos los cuales pueden hacer uso los sujetos pasivos de la relación tributaria y en especial los contribuyentes, con la finalidad de proteger y resguardar sus legítimos derechos, cuando consideren que por un acto u omisión de la Administración Tributaria, los mismos han sido vulnerados.”***⁷

En efecto, los contribuyentes solamente podemos estar sujetos al pago de los impuestos que determine la ley tributaria, y no aquéllos impuestos que surjan por capricho de El Estado; así lo determina también la Constitución Nacional en su artículo 48.

El principio de legalidad integra la práctica de que el contribuyente estará obligado a pagar los tributos que estén legalmente establecidos; de la misma forma El Estado solamente podrá cobrar esos tributos de acuerdo a los procedimientos establecidos por ley.

Durante el **Encuentro Nacional sobre la Independencia Judicial y el Ejercicio Libre de Abogacía en Panamá** en 1993, se mencionó el aporte y la ejecución del principio de legalidad en materia tributaria:

“Llevado a la praxis, este principio inhibe a cualquier dependencia del Estado, a cobrar algún tipo de tributo que no haya sido creado mediante ley en sentido material o formal. Debo señalar públicamente que la Corte Suprema de Justicia, en recientes y reiterados fallos ha sostenido en forma categórica la vigencia del principio de legali-

7 Gaceta Fiscal. Panamá, Año 2. N°2. Panamá. Mayo 2005. Universal Books, 2005. En **Derecho Tributario Procesal**. Said Acuña, Javier. Curso: Marco Jurídico de La Tributación. Páginas 223 y 224.

dad en materia tributaria. Esta jurisprudencia incluye la sentencia que ha declarado inconstitucional el artículo 7 del Decreto 109 de 1970, que consagraba la facultad de interpretación de las normas tributarias a cargo del Director General de Ingresos.”⁸

Con el objeto de sustentar la idea del significado del **principio de legalidad** como base del derecho de todo contribuyente de accionar sobre las decisiones que no le satisfacen o considera le afectan, de forma muy atinada para este artículo, consideramos importante el extracto de una respuesta indicada por la ex Procuradora de La Administración, Alma Montenegro de Fletcher, al Director General de Ingresos que ocupaba el cargo en el año 1997, Licdo. Jorge Obediente:

“Queda claro entonces, hasta esta parte de nuestra exposición, que la Constitución, como hemos visto, consagra el principio de legalidad tributaria, por ende de la aplicación de tal principio, se derivan a nuestro juicio, dos axiomas entrelazados entre sí:

- a. – El gravamen tributario debe existir por ministerio de la ley.***
- b. – La existencia legal del gravamen tributario implica no sólo la génesis del mismo, sino también su marco de aplicación e interpretación, de suerte que, cualquier cargo tributario escape del estricto marco de legalidad fis-***

8 Centro de Estudio para la Independencia Judicial y el Ejercicio de la Abogacía. **Encuentro Nacional sobre la Independencia Judicial y el Ejercicio de la Abogacía en Panamá.** Editora Sibauste. Panamá. 1993, página 101.

cal deviene en un acto arbitrario de la Administración Pública.

En otras palabras no puede el Estado, ir más allá en cuanto a cobro de gravámenes, que lo que le permite la ley, lo contrario equivaldría a violar la Constitución y crear un caos en la importantísima función tributaria del Estado y de los deberes de los ciudadanos en torno a la misma.”⁹

La práctica del principio de legalidad trae consigo la aplicación del debido proceso, garantía fundamental para el contribuyente, inserta en la Constitución de la República de Panamá y convenciones internacionales de derechos humanos firmados por Panamá, igualmente.

Nuestro interés en mencionar los principios que sujetan la relación Estado – Contribuyente, y su definición, nos permitirá llegar a dos pilares para esta investigación sobre una justicia tributaria eficiente ejercida por un Tribunal Administrativo Tributario:

1. Derecho del Contribuyente a ser escuchado, así como a la aplicación de acciones para su defensa **(medios de impugnación)**;
2. Derecho del Contribuyente a interponer su juicio ante un tribunal competente e imparcial; **un tribunal que no sea juez y parte**;

⁹ Cheng y Asociados. Boletín Fiscal 1997-64. 25 de noviembre de 1997. **Opinión de la Licenciada Alma Montenegro de Fletcher, Procuradora de la Administración en su Nota C-N°301 de 11 de noviembre de 1997, dirigida al Licenciado Jorge Obediente, Director General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro.**

IV. Medios de Impugnación en Materia Fiscal - Panamá

Según la normativa tributaria panameña, proceden dos tipos de recursos administrativos:

- El de reconsideración, el cual se interpone ante el funcionario de primera instancia para que aclare, modifique o revoque la resolución;
- El de apelación, el cual se interpone ante el superior jerárquico para que aclare, modifique o revoque la resolución de primera instancia.

El contribuyente deberá interponer y agotar los recursos mencionados, los cuales agotan la vía gubernativa, a fin de acceder a la jurisdicción contencioso – administrativa, tratándose de un acto que afecta directa y particularmente al recurrente.

La vía gubernativa constituye una fuente de derecho de petición, derecho a defensa, participación activa del contribuyente en la impugnación de las decisiones de las autoridades administrativas utilizando los recursos que le permite la ley. La vía gubernativa es una oportunidad para que el ciudadano sustente su desacuerdo, cuando no esté de acuerdo con una decisión administrativa; y para que la autoridad administrativa analice los hechos del caso, y se enmienden los equívocos o se confirme la decisión sujeta a los recursos interpuestos por el contribuyente.

La reforma de 2010 (Ley 8) estableció en su **Artículo 156**: la creación del **TAT** y su competencia para resolver en última instancia las apelaciones contra la DGI (Dirección General de Ingresos) y de las Administraciones Provinciales de Ingresos a nivel nacional. La decisión del **TAT** sobre el recurso de apelación en esta última instancia agota la vía

gubernativa, a fin de que el contribuyente pueda recurrir a la vía contencioso-administrativa.

Los recursos establecidos por ley en el procedimiento administrativo fiscal son los mismos conocidos por el contribuyente, aplicados hasta la reforma de 2010: **recurso de reconsideración y apelación**; no obstante, el Artículo 108 de la Ley 8 adicionó algunos temas, resaltados a continuación:

Artículo 108. El artículo 1238 del Código Fiscal queda así:

Artículo 1238. En el Procedimiento Administrativo Fiscal proceden únicamente los siguientes recursos:

1. El de reconsideración, ante el funcionario de primera instancia, para que aclare, modifique o revoque la resolución objeto del recurso. **En atención a la cuantía de la multa, del alcance, de la controversia o solicitud, cuando la misma sea igual o superior a cien mil balboas (B/.100,000.00), el contribuyente, solicitante o afectado, a su opción, podrá interponer su recurso de reconsideración ante el Director General de Ingresos, y**
2. El de apelación **ante el organismo o funcionario superior que, de conformidad con la Ley, deba tramitarla,** con el mismo objeto.

PARÁGRAFO. En el Procedimiento Administrativo Fiscal no puede interponerse el recurso de revisión administrativa o cualquier otro recurso establecido en el Procedimiento

Administrativo General, distintos a los contemplados en este artículo. (El subrayado es nuestro)

Previo a analizar el tema de **“un tribunal que sea juez y parte”** y el derecho del contribuyente de que su caso sea visto por un tribunal **imparcial** al momento de impugnar una decisión administrativa, es preciso conocer cuál es la realidad de la denominada **Comisión de Apelaciones de la DGI (Dirección General de Ingresos)**, y futura dependencia que será eliminada y reemplazada por el **TAT**, de acuerdo a la reforma de 2010.

La Comisión de Apelaciones es una dependencia integrada de la DGI, formando parte de su estructura y está encargada de resolver las decisiones de las Administraciones Provinciales de Ingresos que sean apeladas, conforme las normas que regulan el procedimiento fiscal.

Según la publicación en la revista Gaceta Fiscal, sobre la **Problemática de la Administración Tributaria frente a la Reforma Fiscal 2005**, dirigida por el Licdo. Carlos Urbina, quien fungió como Gerente Senior de Deloitte Panamá, y preparada por especialistas en el ramo de la Contabilidad, la Comisión de Apelaciones no produjo fallos muy cuantiosos para los años 1993, 1995, 1997, 1998, 2004, y critica la labor de fiscalización de la DGI, y señala:

“La cantidad de fallos producidos por la Comisión de Apelaciones no son muy cuantiosos. Para el año 1993 hubo 68 casos y para 1995 hubo 93. Para el año 1997 se produjeron 110 casos, con un valor total en discusión de US\$ 4,333.279. La DGI ganó 103 de estos casos y perdió 3. Para 1998 hubo 31 casos con un monto de US\$ 12, 965.873. La DGI ganó 26 y perdió 5. Para 1999 hubo

65 casos con un monto de 9, 335,574. La producción fue de 32 casos resueltos con un monto de 1, 508,726.00.

Para el año pasado (2004), la DGI no superó los 100 casos apelados. Si lo comparamos a los datos de los años atrás, esta cifra es similar a la de los años 1995 y menor a la de los años 96 y 97.

Año	Número de Apelaciones
1992	55
1993	68
1994	43
1995	93
1996	160
1997	120*
1998	41**
1999	55
2000	40
2001	45
2002	66
2003	44
2004	94

**Esta cifra es de 110 en las memorias del Ministerio de Economía y Finanzas, pero se reportan 120 en el libro de entrada de la Comisión.*

***Esta cifra es de 31 en las memorias del Ministerio de Economía y Finanzas, pero se reportan 41 en el libro de entrada de la Comisión.*

Estos datos nos indican la poca labora de fiscalización de la DGI, sobretudo porque parte de esas apelaciones corresponden a resoluciones ajenas a la labor de cobranza (exoneraciones, devoluciones, etc.).”¹⁰

En el año 2006 (mes de noviembre), según los Estudios Tributarios de la DGI, la Comisión de Apelaciones mantenía un total doce (12) expedientes, con un ingreso de cinco (5), haciendo un total de diecisiete (17) casos, de los cuales fueron resueltos cuatro (4).¹¹

La crítica es general para todas las entidades que atienden casos y no se observa un resultado rápido.

La mora en la resolución de los expedientes que se refieren a recursos interpuestos por el contribuyente que ve afectados sus derechos o no le satisface la decisión de la autoridad administrativa viola los principios constitucionales.

Sin embargo, nuestra participación en la rama del Derecho nos hace reiterar la pregunta: **¿por qué continúa la práctica de violación a los principios constitucionales y normas relativas a los períodos establecidos para la resolución de conflictos?** Diversos juristas, profesionales han escrito sobre el tema, sin embargo, la realidad oprime cada vez más al ciudadano y se ha creado el enfoque permanente acerca de que la “ley solo se interpreta y se aplica a favor de quienes tienen los medios para hacerla cumplir.”

10 Datos suministrados por la DGI para investigación: Gaceta Fiscal. Panamá, Año 2. N°2. Panamá. Mayo 2005. Universal Books, 2005. En **Problemática de la Administración Tributaria frente a la Reforma Fiscal 2005**. Preparado por: Camarena, Edgar; Camero, Omar; Bustamante, Rubén; Ng, Alex; Mafla, Bartolomé; Altamiranda, Bolívar; González, José Jaime; González, Mitzela de; Jaramillo, Rosa de; Murillo, Carmen; Mata, Aracelis de. Pacheco, Jonathan. Dirigido por: Urbina, Carlos F. Páginas 167 y 168.

11 Datos suministrados por **Estudios Tributarios**. Documento IG-2006_12. En la página web de la Dirección General de Ingresos: www.dgi.gob.pa. Panamá, República de Panamá. 2006.

El contribuyente es un ciudadano común que solo busca velar que sus derechos sean respetados, que la justicia lo ampare. Para el ciudadano – contribuyente: **¿Existe realmente la justicia? ¿Existe la certeza de que su proceso será visto y tramitado de forma ágil, coherente, bajo los parámetros de justicia? ¿Existe una problemática en la viabilidad de las normas creadas, el procedimiento legal o los funcionarios de las entidades administrativas que toman decisiones sobre recursos interpuestos por el contribuyente?**

La respuesta, a nuestra consideración, es simple: **se necesita una nueva cultura de conocimientos; calidad; respeto a la normativa vigente; ética e integridad; aprendizaje voluntario del funcionario público; incentivos del Estado; aceptación de la ciudadanía sobre los cambios para mejoramiento de los sistemas jurídicos panameños.**

El cambio está en el ser humano, en su profesionalismo.

Cambiar el pensamiento de toda una generación de trabajadores públicos no es difícil; conlleva esfuerzo, pero puede ser una realidad basada en un buen liderazgo. Recordemos las palabras del Dr. José Dolores Moscote cuando decía: ***“El mundo es un concurso de capacidades, donde obtienen las mejores plazas, las mejores cabezas.”*** La interrogante sería: **¿tenemos las mejores cabezas en los puestos públicos que requieren atención, determinación, y un liderazgo efectivo, firme, ético?** Dejo a la consideración de los lectores la respuesta.

El **Dr. Camilo Valdés**, abogado y actual Asesor en materia tributaria en el Ministerio de Economía y Finanzas, enfatizó en su artículo Derechos y Garantías de Los Contribuyentes, para la Revista N°1 de la APADEFT, un párrafo

que enmarca la realidad de la gestión en la Administración Tributaria en Panamá:

“Como es sabido, en nuestro país gestionar ante la Administración Tributaria es un asunto que toma mucho tiempo. La interposición de una simple solicitud o de un recurso, ya sea éste de reconsideración o apelación en subsidio, toma muchos meses y hasta años para ser resueltos. Esto a todas luces es violatorio de normas constitucionales y legales que dan períodos de tiempo más cortos para la resolución de las acciones descritas.”¹²

La situación descrita es un evidente desaliento para el ciudadano por la espera reiterada de una decisión en la vía gubernativa. Si la decisión no es satisfactoria para el contribuyente, éste recurrirá a la vía contencioso-administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde la nueva espera causará desilusión eliminando toda confianza del contribuyente en el sistema jurídico administrativo y judicial panameño.

V. Un Tribunal que no sea “Juez y Parte”

Edison Gnazzo y Ricardo Levy, en su **Legislación Fiscal de la República de Panamá**; en 1989, resaltaron una problemática que debía ser solucionada para mejorar la situación administrativa tributaria:

12 Valdés Mora, Camilo. **Derechos y Garantías de Los Contribuyentes**. En Revista Jurídica Panameña, APADEFT (Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario), N°1, Año 1. Panamá, 2009. Miembro y Capítulo Panameño del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT).

“6.3 Es conveniente promover la mayor autonomía funcional de la Comisión de Apelaciones, como forma de asegurar su total independencia de criterio al juzgara en recurso de apelación los reclamos de los contribuyentes; a esos efectos puede explorarse la posibilidad de convertir a la misma en un Tribunal Fiscal del más alto nivel administrativo.”¹³ (El subrayado es nuestro)

La Comisión de Apelaciones, como dependencia de la DGI, evidentemente se encuentra sumergida en una condición de **juez y parte**, debido que es una dependencia de la DGI y el Director General de Ingresos tiene como subordinados a los Comisionados de la Comisión de Apelaciones, quienes deben impartir justicia y resolver los recursos interpuestos por los contribuyentes. Es una violación permanente al principio de imparcialidad contenido en la Constitución Nacional.

Sobre el tema, existe jurisprudencia panameña conocida:

“La garantía del debido proceso que incorpora la Constitución Política en su artículo 32, tiene un rancio abolengo como Institución fundamental garantizadora de los derechos fundamentales, en todas nuestras Cartas Constitucionales, y ha sido objeto de copiosísima jurisprudencia por parte de este Pleno. Consiste, como ha puntualizado el Magistrado ARTURO HOYOS, en ‘una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, oportunidad

13 Gnazzo, Edison/Levy, Ricardo. **Legislación Fiscal de la República de Panamá**. Imprenta Universitaria. Panamá. 1989; página 255.

razonable de ser oídas por un tribunal competente predeterminado por la ley, independientemente e imparcial de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones del proceso y de contradecir las aportadas por el contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”

Luego:

“El contenido esencial del debido proceso, por lo tanto, se integra con los derechos de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido por la Ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, la utilización de los medio de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos. Forma también parte del núcleo de la garantía que ocupa al Pleno el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales, es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión, por lesionar los principios de contradicción y bilateralidad procesales.”

Sentencia del Pleno de la Corte del 22 de diciembre de 1999 (Amparo de Garantías Constitucionales, R.J. Diciembre de 1999, p. 36)¹⁴

La Ley 8 de 2010 (Reforma Tributaria) logró establecer la eliminación de la denominada Comisión de Apelaciones, por lo que ya no es una “*utopía*” como se observa según lo citado anteriormente por Edison Gnazzo y Ricardo Levy.

Sin duda, el **TAT** constituye un crecimiento y una ventana que crea nuevas perspectivas; no obstante, es nuestro objetivo mencionar críticas constructivas y nuestras consideraciones sobre este novedoso ente jurídico.

VI. El Tribunal Administrativo Tributario (TAT), según la Ley 8 de 2010

a. Jurisdicción y Competencia del TAT

El **TAT** es un organismo administrativo por medio del cual el contribuyente podrá ejercer la vía gubernativa; la agota, y si no se encuentra satisfecho puede acudir a la vía contencioso-administrativa de la Corte Suprema de Justicia. La Ley 8 de 2010 contempla lo relacionado al TAT en los artículos 156 a 167.

En el **artículo 156 de la Ley 8** se crea al TAT como un ente **independiente** dentro del Órgano Ejecutivo, **especializado e imparcial**, que tendrá su sede en la Ciudad de Panamá y jurisdicción en toda la República. Cabe destacar que se resaltan tres objetivos importantes y esperados por la ciudadanía; pilares de una entidad jurídica: independencia, especialidad e imparcialidad.

¹⁴ Colegio Nacional de Abogados. **La Posición del Colegio Nacional de Abogados frente a la Reforma Tributaria**. 2002. Panamá, páginas 10 y 11.

El TAT conocerá y resolverá en última instancia administrativa de las apelaciones contra:

- Las resoluciones de la Dirección General de Ingresos y de las Administraciones Provinciales de Ingresos a nivel nacional, que resuelven reclamaciones de devoluciones de tributos nacionales; a excepción de los aduaneros;
- Resoluciones relativas a liquidaciones adicionales;
- Resoluciones de multas y sanciones;
- Cualquier otro acto administrativo que tenga relación directa con la determinación de tributos bajo competencia de dichas entidades en forma cierta o presuntiva;
- Conocer y resolver los recursos de apelación contra las reclamaciones no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria;
- Conocer y resolver los recursos de apelación contra los actos administrativos o resoluciones que afecten los derechos de los contribuyentes y de los responsables;
- Resolver los recursos de apelación que presenten los contribuyentes contra las actuaciones o procedimientos que le afecten directamente o que infrinjan lo establecido en el Código Fiscal y/o demás legislación tributaria aplicable;
- Resolver en vía de apelación las tercerías, excepciones e incidentes que se interpongan con motivo del procedimiento de cobro coactivo cursado ante la DGI;

- Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzguen necesarias para suplir las deficiencias de la legislación tributaria;
- Uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia.

b. ¿Quiénes van a integrar el TAT? ¿Cómo serán escogidos?

Al considerar escribir este artículo sobre el TAT consideramos dos temas importantes: *Cómo y quiénes serán escogidos para integrar el TAT; y si esta reforma que incluye al TAT y elimina la Comisión de Apelaciones contribuirá a fortalecer una justicia tributaria eficiente.*

Según la Ley 8, el TAT estaría conformado por tres Magistrados: **dos abogados y un Contador Público Autorizado**, los cuales serán nombrados por el Presidente de La República con sus respectivos suplentes, y tendrán la misma remuneración que los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia. Los miembros del TAT serán ratificados por el Órgano Legislativo y escogidos mediante el procedimiento y selección reglamentados por el Órgano Ejecutivo.

Mediante el Decreto Ejecutivo 96 de septiembre de 2010 se reglamentó el procedimiento de selección de los Magistrados del TAT, el cual fue posteriormente modificado por el Decreto 122 de 8 de noviembre de 2010. Actualmente existen dos Magistradas principales, abogadas, que son: la Magistrada Presidente Isis Ortiz Miranda y la Magistrada Vocal Ana Mae Jiménez Guerra. El Magistrado Contador es el Magistrado Reinaldo Achurra Sánchez. Los Magistrados suplentes abogados son Elías Solís González y Maribel Ortiz Sandoval. La Magistrada Suplente contadora es Xiomara de Garrido. Dichos nombramientos fueron realizados por el Presidente de la República y ratificados por el Órgano Legis-

*lativo, cumpliendo así con lo expresado por la Ley 8 de 2010, por la cual se crea el Tribunal Administrativo Tributario.*¹⁵

El artículo 158, 159, 160 y 161 de la Ley 8 señalan las características y condiciones del cargo para los futuros Magistrados del TAT, a saber:

- Ser panameño (a) por nacimiento;
- Haber cumplido treinta y cinco (35) años de edad;
- Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos;
- Haber completado un período de cinco años, durante el cual haya ejercido la profesión de abogado, **bajo los principios de solvencia moral y con el manejo de la materia tributaria, en el caso de los Magistrados que son abogados;**
- Haber completado un período de cinco años, durante el cual haya ejercido la **profesión de Contador Público Autorizado**, bajo los principios de solvencia moral y **con el manejo de la materia tributaria, en el caso del Magistrado que es Contador Público Autorizado;**
- **No haber sido condenados por delito doloso ni por faltas a la Ética Profesional del Abogado;**
- A la fecha de integrarse al Tribunal Administrativo Tributario, los Magistrados no deberán hallarse ligados por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, con otro de los Magistrados del Tribunal, con las autoridades supe-

15 Tribunal Administrativo Tributario. Sitio Web www.tribunaltributario.gob.pa. Sección: Estructura y Equipo de Trabajo. Panamá. 2011.

riores de la Dirección General de Ingresos o con los miembros del Consejo de Gabinete.

- Podrán reelegirse en el cargo, previo cumplimiento de las formalidades establecidas.
- Podrán ser suspendidos, separados o destituidos del cargo, **por el Presidente de la República**, de acuerdo a las siguientes causas:
 1. Incumplimiento de sus deberes y obligaciones contenidos en la Ley 8;
 2. **Morosidad¹⁶ o negligencia¹⁷** en el cumplimiento de sus deberes;
 3. Incapacidad física o mental;
- Los Magistrados del TAT les estará prohibido:
 1. **Ejercer la profesión de abogado y/o de contador;**
 2. Ejercer actividades políticas, salvo el sufragio;
 3. Intervenir en actividades mercantiles, por sí mismos o por interpuesta persona;
 4. Ejercer negocios ante El Estado, ni cargos retribuidos, salvo la enseñanza en niveles educativos.

De las características anteriormente descritas, sobre el tema de cuáles son las condiciones o los requisitos que se tomarán en cuenta para la escogencia de los Magistrados

16 De acuerdo a la Ley 8 de 2010, entiéndase “**morosidad**” como la falta de resolución de los asuntos que le corresponde conocer dentro de los términos establecidos, por causas atribuibles a los miembros del Tribunal. (Artículo 160).

17 De acuerdo a la Ley 8 de 2010, entiéndase “**negligencia**” cuando se incurra en mora por más de tres veces en un período de seis meses.

del TAT, observamos dos especialistas en Derecho y un especialista en Contabilidad.

Las opiniones sobre este tema son muy controvertidas. La abogada y contadora, Felipa Flashy, quien fungió hasta el año 2010 como Gerente Senior de la Firma de Contadores Deloitte, Inc., y quien laboró en la Comisión de Apelaciones, considera ***que no es la primera situación donde se observa que un profesional del Derecho no imparte una decisión o fallo; un ejemplo se observa en las autoridades de policía (o las conocidas corregidurías). No obstante, la jurista, quien también ejerce la rama de la Contabilidad, nos indicó que sí está de acuerdo con la participación de un especialista en materia tributaria bajo la profesión de Contador Público Autorizado; el Magistrado Contador, con conocimientos y especialidad en materia tributaria, debe conocer normas de procedimiento. Un tribunal integrado por múltiples especialidades es muy útil.***

Por otro lado, el **Dr. Camilo Valdés Mora**, abogado y asesor en el Ministerio de Economía y Finanzas, en entrevista realizada para esta investigación, nos comentó que ***no está de acuerdo con la participación de un Contador Público Autorizado y su ejercicio como Magistrado del TAT, ya que surgiría la situación de: ¿Cómo va a firmar una sentencia, un fallo, una resolución, un Magistrado de profesión distinta a la del Derecho? Debe existir una equiparación de conocimientos; un contador público autorizado no es un experto en Derecho.***

Otra opinión interesante sobre las condiciones y características profesionales de los futuros Magistrados del TAT nos fue compartida por la Licda. Yaremis Pérez Aguilera, actual Gerente de Impuestos de Deloitte, Inc., abogada de profesión: ***Quienes deben fallar los casos deben ser expertos en Derecho; no obstante, se requieren asistentes***

con experiencia en materia tributaria y contable especializada, es decir, Contadores Públicos Autorizados – con el objeto de brindar el asesoramiento adecuado a los profesionales del Derecho al momento de tomar una decisión sobre un recurso en la vía gubernativa.

Sin duda se convierte este tema en una discusión entre abogados y contadores con diversas opiniones, las cuales consideramos valiosas dada la experiencia de cada uno de los juristas entrevistados.

Opiniones controversiales se suscitan cuando se requiere definir los mejores profesionales para el TAT; no obstante, la materia tributaria necesita del aporte de las profesiones que le van a brindar al contribuyente un avance a una justicia tributaria eficiente, nueva imagen, objetividad para una decisión imparcial. La combinación que establece la norma de la reforma tributaria permite la aplicación de los dos conocimientos más importantes para fallar un recurso de apelación en el ámbito fiscal; sin embargo, nuestra condición de profesional del Derecho nos inclina a considerar que el Contador Público Autorizado debe tener los conocimientos mínimos sobre manejo legal a nivel tributario, conocimientos de leyes, y tal como lo dijo la contadora y abogada, Felipa Flashy, manejar los procedimientos y prácticas legales. Sería interesante que el Órgano Ejecutivo tomara en cuenta aquéllos expertos que comparten ambas profesiones, tanto la del Derecho, como la Contable.

Tal cual se muestra la Ley 8 al establecer dos abogados y un contador para impartir justicia en el TAT, parece mostrar una balanza que mejora la percepción del ciudadano, sin embargo, todo dependerá de la objetividad y manejo íntegro de los Magistrados que ostenten tales cargos.

El artículo 163 de la Ley 8 señala que: **Las decisiones del Tribunal Administrativo Tributario se adoptarán por**

mayoría y se notificarán a los interesados en la forma establecida en el Procedimiento Fiscal Ordinario establecido en el Código Fiscal. La frase que resaltamos en el artículo de la Reforma Tributaria de 2010 es un indicativo de que existirá la capacidad de fallar un recurso con el mejor criterio, por ser el criterio de la mayoría, no obstante, no es lejana la realidad que aqueja nuestros entornos gubernamentales y privados: la falta de objetividad, la corrupción, la presión política, entre otras situaciones que atentan contra la independencia e imparcialidad de los estrados de justicia.

“De la dignidad del Juez depende la dignidad del Derecho. El derecho valdrá, en un país, y en un momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tengan miedo ningún ciudadano puede dormir tranquilo. Couture.”¹⁸

El nombramiento de los Magistrados del TAT por el Órgano Ejecutivo, no es un método que promulga una esfera independiente. *¿Por qué?* Porque se considera que existe un ente del plano político que controla la escogencia y salida de un funcionario que imparte justicia:

- El significado de independencia inicia desde la forma de escogencia de los Magistrados.
- Quienes sean escogidos para ocupar los cargos de Magistrados del TAT pueden estar sujetos a presiones del ámbito político-económico, cuando sus criterios no sean compartidos por quiénes son sus superiores jerárquicos;

18 Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica. (Patricia Frances Baima, editora) Publicaciones Iberia, San José: 2000. Página 58. **En Alianza Ciudadana Pro Justicia. Memoria. Reforma Judicial, una Tarea Inconclusa.** Perspectiva de la Sociedad Civil. Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., pág. 86.

- Los nombrados por el Órgano Ejecutivo y ratificados por el Órgano Legislativo, deben contar con probidad, integridad, y deben ser evaluados en todos los aspectos, debido que la práctica nos sugiere que profesionales, en estos casos, de firmas de abogados y firmas de contadores, podrían estar en el listado de los candidatos; no obstante, la principal condición de su labor ante el TAT debe ser evitar, a toda costa, la presión y la anuencia a las solicitudes que se realicen en el campo privado del Derecho y la Contabilidad, con el objeto de favorecer a terceros sin un estudio preciso del caso y fallado de acuerdo a la justicia equitativa.
- El período de ejercicio de los Magistrados del TAT es por cinco años; el ejercicio político de los gobiernos es por cinco años, igualmente. El gobierno de turno, a través del Órgano Ejecutivo y Legislativo, podrá reelegir (de acuerdo las reglamentaciones establecidas) al Magistrado o Magistrados del TAT. El período de ejercicio provoca una doble situación a suponerse: la primera, que el cambio cada cinco años de un Magistrado involucra imparcialidad en el despacho que está bajo su mando, dado que los cambios en los puestos de poder y justicia se consideren necesarios para evitar riesgos de corrupción; la segunda, que el cambio cada cinco años permite que el gobierno de turno pueda decidir cuáles Magistrados podrán ejercer de forma conveniente a sus criterios y bajo la esfera política.

“Los jueces tienen temor de tomar decisiones que afecten determinados grupos políticos. Consecuente con esto, el Gobierno es para ellos, el principal fomentador de la politización de la justicia, y por ese mismo

sentido trasladan subyacentemente la idea de que el principal corruptor de la Justicia es el Gobierno.”¹⁹

La creación de una normativa paralela a la ya conocida Carrera Judicial, podría causar efectos importantes:

- Confianza en el ciudadano (contribuyente) sobre la cultura de la administración de justicia, sin velos de política y “permisos” para lograr la corrupción;
- Criterios no discriminatorios y sujetos a escogencia de Magistrados de acuerdo a su experiencia, estudios, hoja de vida, capacidad, probidad, idoneidad, independencia, manejo político, social y labor previa; concursos transparentes, sin injerencia del gobierno de turno.

El actual TAT de Panamá cuenta con una Resolución OIRH No. 001-2012 DE 2 de febrero de 2012, por medio de la cual se adopta el Código de Ética que rige a quienes laboran para este tribunal. Sin duda, mencionarlo le imprime un hecho positivo a la gestión de quienes conforman el TAT. No obstante, lo ideal no es que se mantenga en letras, sino que se aplique y se practique.

c. Características de los Tribunales Tributarios en América y métodos alternativos de Solución de Conflictos Tributarios

Considerar una comparación entre el recién creado Tribunal Tributario en Panamá y los Tribunales Tributarios en

19 Latin American Political Advisers (LAPA). *Valoración de la justicia y los problemas de su administración en Panamá: entre la impunidad y la indefensión, la impotencia y la frustración*. Panamá. 1996; En: *Alianza Ciudadana Pro Justicia. Memoria. Reforma Judicial. Una Tarea Inconclusa. Perspectiva de una sociedad civil*. 24 y 25 de octubre de 2000. Página 69.

otros países es un análisis necesario; existen otros países a nivel latinoamericano que se encuentran en la misma situación de Panamá, y aquéllos que han avanzado grandemente en materia de procedimiento fiscal y creación de un ente independiente, objetivo e imparcial fuera del ámbito administrativo tributario.

Un aporte comparativo importante lo hizo el Profesor Edison Gnazzo para la Revista Legislación y Economía de la Firma de Abogados Rivera, Bolívar y Castañeda, en el año 2008, de acuerdo a fuentes de CIAT:

PAÍS	NORMAS JURÍDICAS	COMENTARIO
Argentina	Ley de Procedimientos Fiscales Ley 11683. Texto ordenado por Decreto 821 de 13/7/1998 y normas jurídicas modificativas y reglamentarias	Tribunal Fiscal de la Nación. Resuelve apelaciones. Compuesto por 21 vocales en 7 Salas. Cuatro Salas entienden en materia impositiva (2 abogados y 1 contador) y Tres Salas entienden en materia aduanera (3 abogados). Cada Vocal es asistido por un Secretario (abogado o contador) Los Vocales son designados por el Poder Ejecutivo previo concurso de antecedentes. El Presidente del Tribunal lo elige el Poder Ejecutivo de entre los Vocales.

Bolivia	Código Tributario Ley 2492 de 2/8/2003, sus modificativas y complementarias.	Recursos administrativos ante la Admón. Tributaria (Superintendencias Regionales y Superintendencia Tributaria). Apelación ante la Corte Suprema de Justicia (proceso contencioso tributario)
Brasil		Recurso de Impugnación ante la Delegación pertinente, dependiente de las Superintendencias Regionales de la Secretaria Da Receita Federal (SRF). La Delegación somete el proyecto de resolución para decisión de una de las 18 Delegaciones Delegación de Juzgamiento (unidad especializada adscrita al SRF. Apelación ante el Consejo de Contribuyentes, órgano con 5 funcionarios y 4 particulares. Hay 3 Consejos, cada uno según impuestos y con diversas Cámaras.
Colombia	Ley General de Proc. Administrativo Decreto 624 de 30/3/1989, modificativos y complementarios. Consejo de Estado	Recurso de reconsideración ante la Administración Tributaria. Recurso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, órgano jurisdiccional independiente.

Costa Rica	Código de Normas y Procedimientos Tributarios Ley 4755 de 3/5/1971 y normas complementarias	Recursos administrativos ante la Admón. Tributaria. Recurso de Apelación ante el Tribunal Fiscal Administrativo. El Poder Ejecutivo establece el número de Salas. Cada Sala se integra con 3 Propietarios (el Pte. es abogado y los otros 2 pueden ser contadores, ingenieros u otros profesionales). El Poder Ejecutivo designa a los propietarios y suplentes, mediante concurso de antecedentes. Contra fallos del TFA se puede recurrir con el recurso contencioso administrativo (vía Judicial)
Chile	Código Tributario .Decreto Ley 830 y sus modificativos y normas jurídicas complementarias.	Recursos Administrativos ante la Admón. Tributaria. Apelaciones son resueltas por las Cortes de Apelaciones del Poder Judicial, en cada ciudad.
Ecuador	Código Tributario Codificación 2005-009 (RO Suplemento 38 de 14/6/2005)	Apelaciones ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal , como organismo especializado independiente. Sala Fiscal de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación.

El Salvador	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Decreto 81 de 14/11/1978 y modificativo	Recursos administrativos ante la Administración Tributaria Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.
Guatemala	Código Tributario Decreto 6/91 de 25/3/1991, modificativos y complementarios.	Recursos administrativos de revocatoria y reposición, ante la Admón. Tributaria y el Ministerio de Finanzas Públicas. Recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Integrado por magistrados especializados en materia tributaria preferentemente.
Honduras	Código Tributario Decreto 22 de 8/4/1997 y disposiciones complementarias	Recursos administrativos de reposición ante la Dirección Ejecutiva de Ingresos y de apelación ante la Secretaría de Finanzas. Recurso ante la Corte Suprema de Justicia.
México	Código Fiscal de la Federación Publicado Diario Oficial el 31/12/1981 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (GO 26/1/2006)	Recurso de revocación ante el Servicio de Administración Tributaria (SAT) Apelación ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, organismo independiente especializado., integrado por abogados designados por el Pte. de la Rca. con venia del Senado.

Nicaragua	Código Tributario Ley 562 de	Recursos de reposición y revisión ante la Administración Tributaria. Recurso de apelación ante el Tribunal Tributario Administrativo (TTA) El TTA es un organismo altamente especializado e independiente, integrado por 3 miembros (2 abogados y un contador) designados por el Pte. De la Rca., previa consulta con los diferentes sectores económicos con personalidad jurídica en el país.. Recurso final ante el Poder Judicial.
Paraguay	Disposiciones de aplicación general Ley 125 de 9/1/1992 y modificativas y complementarias	Recurso de reconsideración ante la oficina de impuestos. Recurso de apelación ante el Consejo de Tributación del Ministerio de Hacienda Acción contencioso administrativa ante el Tribunal de Cuentas

Perú	Código Tributario Texto Ordenado Decreto Supremo 135 de 19 de agosto de 1999 y sus modificativos	Resoluciones de la Admón. Tributaria (SUNAT) Recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal, conformado por varias Salas. Cada Sala está compuesta por 3 Vocales con sus respectivos suplentes, que deben ser profesionales de reconocida solvencia moral y versación en materia tributaria o aduanera, con no menos de 5 años de ejercicio profesional o 10 años de experiencia en materia tributaria o aduanera. Los Vocales designados por Decreto Supremo.
Rep. Dominicana	Código Tributario Ley 11 de 16/5/1992	Recurso de reconsideración ante la Administración Tributaria. Recurso Contencioso Tributario ante el Tribunal Contencioso Tributario (TCT). Se integra con un Juez Presidente, un Juez Vicepresidente y tres jueces, elegidos por el Senado de la República. Deben ser abogados y tener conocimientos y experiencia en materia tributaria. La Administración Pública estará representada en el TCT por el Procurador General Tributario, designado por el Poder Ejecutivo.

Uruguay	Código Tributario Decreto Ley 14306 de 29/11/74, sus modificativos. Normas legales y reglamentarias complementarias.	Recursos administrativos ante la Administración Tributaria. El recurso de apelación se surte ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Órgano Judicial especializado).
Venezuela	Código Tributario Ley 42 (GO 37305 de 17/10/2001) y disposiciones complementarias	Recursos administrativos (revocación y jerárquico) ante la Admón. Tributaria. Recurso de Apelación ante el Tribunal Contencioso Tributario (Órgano Judicial especializada)

CUADRO-RESUMEN DE LA SITUACIÓN DE LOS TRIBUNALES FISCALES EN PAÍSES AMERICANOS

PAIS	TRIBUNALES EN LA VIA ADMINISTRATIVA	TRIBUNALES FUERA DE LA VÍA ADMINISTRATIVA
Argentina	X	
Bolivia (1)		
Brasil (2)	X	
Colombia		X
Costa Rica	X	
Chile (1)		
Ecuador	X	
El Salvador		X
Guatemala		X
Honduras (1)		
México	X	
Nicaragua	X	
Paraguay (2)	X	
Perú	X	
Rep. Dominicana	X	
Uruguay		X
Venezuela		X

De los 17 países analizados, hay 14 que tienen Tribunales Fiscales o Cuerpos Fiscales Especializados (9 en la órbita administrativa y 5 fuera de la vía administrativa.)

- (1) *Son los tres países que no tienen Tribunales Fiscales. Tienen situación similar a la de Panamá. Los recursos administrativos se surten ante las autoridades administrativas. Contra ellos sólo cabe el recurso ante el Poder Judicial.*
- (2) *Brasil tiene Consejos de Contribuyentes que deciden las apelaciones en la vía administrativa. En Paraguay, decide en apelación el Consejo de Tributación en el Ministerio de Hacienda. Ambos cuerpos se integran con representantes gubernamentales y privados.²⁰*

²⁰ Gnazzo, Edison. **Revista Legislación y Economía**. En Rivera, Bolívar & Castañedas. Web Page: www.riveraboca.com. 2008. Fuente: CIAT.

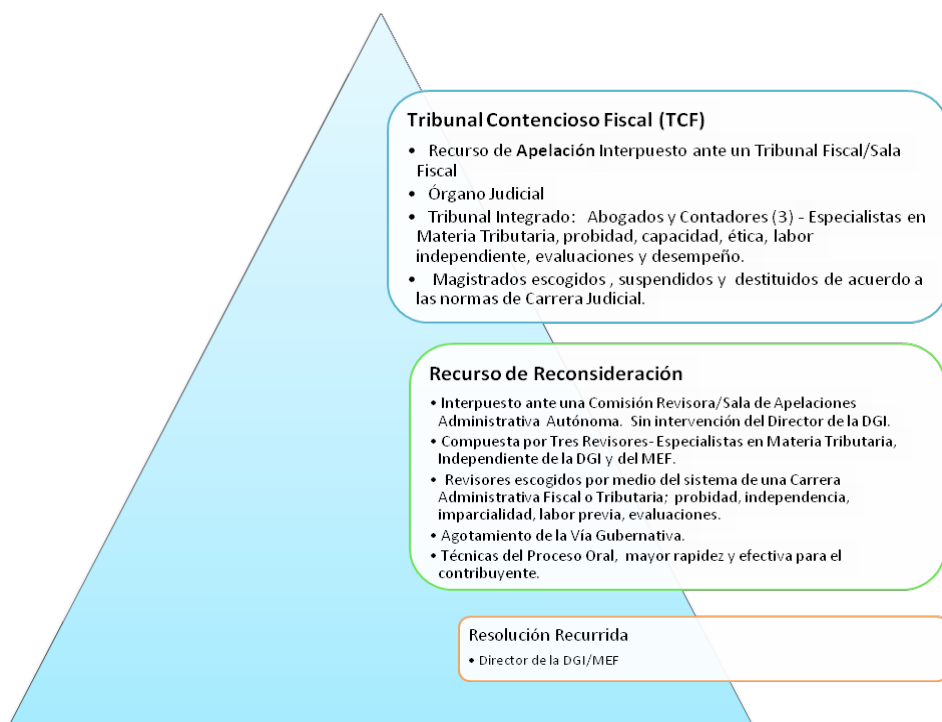
El cuadro presentado por el Profesor Gnazzo, utilizando la fuente de CIAT, nos permite deducir que Panamá cuenta, luego de la reforma de la Ley 8, con un TAT o sistema de procedimiento fiscal sobre los recursos de apelación interpuestos por los contribuyentes, similar al de Nicaragua.

La estructura del TTA (Tribunal Tributario Administrativo) de Nicaragua establece en su normativa que su organismo se encuentra dentro del ámbito administrativo; además, es dirigido por dos abogados y un contador, escogidos por el Presidente de la República, quien debe consultar con los sectores de la sociedad civil con personería jurídica antes de realizar los nombramientos.

Sin duda, el sistema Nicaragüense, a pesar de utilizar otros recursos a favor del contribuyente, además de los de reconsideración y apelación, es similar al reformado en Panamá en el 2010.

Resulta necesaria la salida del TAT del ámbito administrativo; es imperioso crear un Tribunal Fiscal en la esfera del Órgano Judicial; ejemplo de ello, se observa en la gráfica del Profesor Gnazzo, en los países de Venezuela, Colombia, El Salvador, Uruguay, Guatemala.

A continuación presentamos nuestra alternativa de reforma al TAT; cambio de estructura y manejo a través del Órgano Judicial de los Recursos de Apelación, a través de un Tribunal Contencioso Fiscal, independiente:



La factibilidad del TAT también es tema central para muchos profesionales del Derecho y de la Contabilidad que día a día desarrollan su labor utilizando las dependencias actuales del Ministerio de Economía y Finanzas y la Dirección General de Ingresos.

El Dr. Camilo Valdés, abogado, nos indicó sus consideraciones sobre clasificar al TAT como un **avance** en la justicia tributaria: ***el TAT será lo mismo que la Comisión de Apelaciones; es un avance, no obstante, se queda corto porque se mantiene en la esfera administrativa. Es preciso ver el trabajo que se realizará y el funcionamiento, con el objeto de confirmar si el TAT ayudará a desalojar la vía administrativa tributaria y contribuir a una justicia expedita e independiente. Existen temas pendientes en materia fiscal: Crear la defensoría del***

contribuyente y apoyar la Ley de defensa y derechos de los contribuyentes; un Código Tributario más científico y manejable; crear la alternativa del arbitraje en materia de tributación.

El arbitraje en materia de tributación es una propuesta desarrollada a través de un Proyecto de Ley, elaborada por el Dr. Valdés, como método alternativo de resolución de conflictos entre El Estado y El Contribuyente.

“El arbitraje en materia tributaria, tendrá entre sus objetivos y metas una mayor garantía para el contribuyente, cubrir el aumento de los casos sin resolver y en espera de ser resueltos, lo que puede traer en algunos casos mayor recaudación para el Estado y una menor litigiosidad en la Vía Gubernativa y ante la Corte, así también los derechos constitucionales de los contribuyentes, como el de tutela efectiva, dejarían de ser ilusorios por errores en la determinación de la Administración Tributaria, para que no queden en indefensión por la comodidad administrativa de cubrirse en la legalidad de los actos administrativos.”²¹

Para la abogada y contadora, **Felipa Flashy**, la figura del **arbitraje** es un método de interesante aplicación para la resolución de conflictos en materia tributaria; no obstante, observa algunos impedimentos y situaciones relacionadas a la presión que podrían sentir los árbitros al momento de fallar o tomar decisiones en casos que sean resueltos contra El Estado Panameño.

21 Valdés Mora, Camilo. *El Régimen Tributario Panameño. Entre el Positivismo y el Paradigma Discursivo del Derecho: Propuesta para implementar el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en materia tributaria.* Universal Books. Panamá. 2009. Página 4.

Lo mencionado por la abogada y contadora **Felipa Flashy** determina que puede existir una falta de independencia por parte de los árbitros sujetos a las dependencias del Ministerio de Economía y Finanzas, especialmente porque el contribuyente tendrá como contraparte directa al Estado Panameño.

Lo cierto es, que siempre existirán ventajas, desventajas, críticas y aciertos en la aplicación de los métodos de resolución de conflictos en materias jurídicas, en este caso *la tributaria*. Todas las propuestas para “reedificar” y “crear” cambios son necesarias. En materia fiscal se requiere la aplicación del conocimiento para el mejoramiento de las leyes, así como un nuevo ejercicio de compromiso y apoyo a las entidades que cubren su estructura con el manejo de los deberes y derechos de los contribuyentes.

VII. El TAT: Ventajas y Críticas.

Una Justicia Tributaria Eficiente. Conclusiones.

La definición de “*justicia tributaria eficiente*” reclamada por la ciudadanía, y encaminada a la transparencia de los trámites y a la efectividad del servicio público prestado, no debe resultar una “*utopía*” después de considerar que la Ley 8 contiene un nuevo proyecto denominado Tribunal Administrativo Tributario, el cual será puesto en práctica a partir del 2 de enero de 2011.

Sin embargo, toda reforma tiene aspectos discutidos, a los que no podemos llamarle “defectos” dado que son situaciones que pueden ser cambiadas en el transcurso del tiempo, con el avance de los gobiernos, la globalización y a partir de los sucesos dados a nivel jurídico – internacional.

Tribunal Administrativo Tributario (Panamá)

VENTAJA	CRÍTICA
<ul style="list-style-type: none">▪ Se reemplaza la Comisión de Apelaciones, ente subordinado de la DGI.	<ul style="list-style-type: none">▪ Se crea el Tribunal Administrativo Tributario como organismo para la resolución de los recursos de apelación interpuestos por decisiones que considera el contribuyente no le satisfacen o violan sus derechos; no obstante, es un organismo que se mantiene en la esfera administrativa.▪ Se requiere la introducción de un Tribunal Fiscal en la esfera judicial, un Tribunal que se maneje fuera del área administrativa, cuyos Magistrados sean escogidos por Carrera Judicial; con el objeto de devolver la confianza a la ciudadanía en las entidades de justicia tributaria.
<ul style="list-style-type: none">▪ Es imparcial e independiente	<ul style="list-style-type: none">▪ La objetividad, la práctica y rendimiento del TAT demostrará si resulta estar investida de imparcialidad e independencia; esto, debido que la Comisión de Apelaciones dejará de funcionar, y como todo cambio, es lógico que el personal de esta entidad pase a formar parte del TAT, siguiendo el procedimiento de creación de la estructura nombrado en Sala de Acuerdo.

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se escogerán tres magistrados (dos abogados y un contador) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Los Magistrados serán escogidos por el Órgano Ejecutivo y ratificados por el Órgano Legislativo, condición que se considera puede disminuir la independencia e imparcialidad del TAT.²² ▪ La participación del CPA debe estar condicionada a sus conocimientos especiales en materia tributaria, así como también en materia legal tributaria; es decir, debe ser un profesional que ejerza ambas ramas. En Panamá contamos con profesionales en las áreas de contabilidad y derecho tributario. ▪ Los cambios en la Administración de la Justicia Tributaria no deben estar sujetos a prácticas políticas; por lo que la escogencia de los Magistrados del TAT debe ser transparente, de forma tal que se escoja por méritos y no por reconocimientos de autoridades de altas jerarquías en el Gobierno Nacional.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ El fallo o decisión de los Magistrados del TAT será por aprobación de la mayoría. 	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Dentro de las causas de destitución, separación o suspensión de los Magistrados del TAT, se encuentran el incumplimiento de deberes y derechos establecidos en la Ley 8; la incapacidad física o mental; la morosidad o negligencia en el cumplimiento de sus deberes. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La facultad de destitución, separación o suspensión de los Magistrados del TAT, la tendrá el Presidente de La República de Panamá. ▪ Se debe reglamentar lo concerniente a la destitución, separación o suspensión de los Magistrados del TAT, e igualmente considerarse el tema de las recusaciones que pueda realizar el recurrente en casos donde uno o más Magistrados del TAT se encuentren impedidos para brindar una resolución imparcial e independiente.

22 *Para evitar dicho abuso, añade Montesquieu, es necesario que por la misma naturaleza de las cosas que el poder frene al poder En todo gobierno hay tres tipos de poder: el legislativo, el ejecutivo y el que llamaremos poder judicial Para tener esa libertad se requiere que el gobierno esté constituido de manera que un hombre no tenga que temerle a otro. Cuando el legislativo y el ejecutivo se unen en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados no puede haber libertad, porque se pueden suscitar aprehensiones de que el monarca o el senado adopte leyes tiránicas para ejercitarlas de forma tiránica. Igualmente, no hay libertad si el poder judicial no es separado del legislativo y del ejecutivo Sería el fin de todo, si el mismo hombre o el mismo cuerpo ejerciera tres poderes. MONTESQUIEU. El Espíritu de Las Leyes. (Libro XI, 4 y 6) en Calderón, Ricardo Arias. “SI LA PRESIDENTA LEYERA A MONTESQUIEU” El Diario El Panamá América. Sección de Opinión. Domingo, 18 de noviembre de 2001, C6.*

- **Los procesos en grado de apelación dentro de la DGI y sus dependencias, deberán ser remitidos al TAT, dentro de los tres meses que dicho Tribunal esté debidamente constituido y haya iniciado funciones, a fin de que sean tramitados y resueltos por el TAT.**
- **Los trámites surtidos con las normas anteriores a la Ley 8, serán fallados de acuerdo a las normas anteriores.**
- **Los nuevos trámites que se den luego de la entrada en vigencia del TAT y del conocimiento del expediente, se llevarán a cabo con las nuevas normas de la Ley 8.**
- **En el aspecto procesal, los expedientes remitidos al TAT se tramitarán conforme las normas y reglas establecidas por la Ley 8, y de acuerdo al artículo 32²³ del Código Civil.**
- El traspaso de expedientes al TAT involucrará que el nuevo personal de esta entidad se esfuerce doblemente en reducir el porcentaje de la mora, así como definir la meta de finalizar con las ideas del contribuyente acerca de que la demora en las resoluciones de quienes manejan la justicia tributaria es un ciclo permanente y con poca esperanza de ser eliminado.
- La introducción de la más rápida tecnología, no contribuirá al avance si no existe capacidad y voluntad para lograr una justicia tributaria eficiente, además de un cambio en la infraestructura de los sistemas; un cambio en el pensamiento del funcionario público sobre brindar calidad de servicio.

23 Artículo 32 del Código Civil: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la y vigente al tiempo de su iniciación.

- **El Magistrado Ponente podrá proponer audiencia oral con la participación del recurrente y el representante de la DGI. La audiencia podrá ser grabada por medios electrónicos o digitales y será transcrita por un funcionario del TAT. La transcripción no será necesaria para el fallo de los Magistrados del TAT, sin embargo, no podrá enviarse el expediente a la Sala Tercera de la CSJ, a menos que se remita la transcripción en el medio más conveniente, sea digital o electrónico.**
- La audiencia no podrá ser suspendida por ningún motivo atribuible al recurrente; no obstante, su ausencia no será impedimento para la presentación de alegatos como escrito final.
- Se requiere estudiar la figura definida en la Ley 8, cuando indica que: la audiencia no puede ser suspendida por ningún motivo por parte del recurrente, dado que observamos violación al principio de **bilateralidad** entre las partes.
- La audiencia será realizada cuando el Magistrado Ponente requiera aclaración del caso; no obstante, y según la interpretación observada en la Ley 8, no es una opción permanente ni por solicitud del contribuyente. La introducción de un proceso oral en segunda instancia es una oferta interesante para discutirla y ser ampliada; diagnosticar su uso y observar en la práctica si funciona como método para agilizar decisiones para los procesos de segunda instancia.

Al observar la mentalidad de los legisladores nos lleva a determinar que los cambios son realizados a pasos cortos. En el aspecto de protección a los derechos del ciudadano y el mejoramiento de la justicia se necesitan leyes y reglamentos de países avanzados, no considerando a Panamá como Ciudad en crecimiento. Por el contrario, creer que Panamá debe crecer según sus años es un equívoco; nuestro país está preparado para adaptarse a los cambios; lo cierto es, que la educación, la cultura y la ética están en retroceso y la lucha por el mejoramiento de estas condiciones intrínsecas del ciudadano debe ser puesta en primer lugar para lograr ver lo que llamamos “eficiencia” de los sistemas.

La justicia trae consigo la característica de la “*eficiencia*” y es lamentable cuando las personas con mayor capacidad para ejercerla en las entidades gubernamentales,

consideren que es decepcionante laborar bajo presiones, corrupción, o situaciones donde se ponga en duda la ética que ha sido el pilar que los ha llevado a sentirse orgullosos de su profesión.

La reforma tributaria, respecto al TAT, puesta en ejecución en el 2011; siendo la observación por parte de quienes laboramos del otro lado de la entidad gubernamental: nuestra primera labor; la segunda, participar en el mejoramiento de esta reforma hasta lograr que se constituya una figura jurídica adaptada a la realidad nacional y que realmente disminuya las situaciones de mora, falta de independencia e imparcialidad, e igualmente, aporte y aplicación de los derechos del contribuyente.

Básicamente, lograr la *perfección* en una nueva entidad jurídica constituye para algunos estudiosos un tema lejano e inconcluso, especialmente cuando se trata del derecho tributario; sin embargo, consolidar los factores y aportar reformas eficaces desde el nivel constitucional, fomentará la creación de leyes que organicen el sistema tributario sobre la escogencia de funcionarios más probos, conscientes de una labor exhaustiva; y de contribuyentes más involucrados en la crítica constructiva a las estructuras jurídicas.

Bibliografía

- Carles Grimaldo, Ruben Darío. Problemas de la Administración Fiscal en Panamá. Editorial América. Panamá. 1957.
- Gaceta Fiscal. Panamá, Año 2. N°2. Panamá. Mayo 2005. Universal Books, 2005. En Derecho Tributario Procesal. Said Acuña, Javier. Curso: Marco Jurídico de La Tributación.
- Gaceta Fiscal. Panamá, Año 2. N°2. Panamá. Mayo 2005. Universal Books, 2005. En Problemática de la Administración Tributaria frente a la Reforma Fiscal 2005. Preparado por: Camarena, Edgar; Camero, Omar; Bustamante, Rubén; Ng, Alex; Mafla, Bartolomé; Altamiranda, Bolívar; González, José Jaime; González, Mitzela de; Jaramillo, Rosa de; Murillo, Carmen; Mata, Aracelis de. Pacheco, Jonathan. Dirigido por: Urbina, Carlos F.
- Gnazzo, Edison/Levy, Ricardo. Legislación Fiscal de la República de Panamá. Imprenta Universitaria. 1989; Panamá.
- Centro de Estudio para la Independencia Judicial y el Ejercicio de la Abogacía. Encuentro Nacional sobre la Independencia Judicial y el Ejercicio de la Abogacía en Panamá. Editora Sibauste. Panamá.
- Cheng y Asociados. Boletín Fiscal 1997-64. 25 de noviembre de 1997. Opinión de la Licenciada Alma Montenegro de Fletcher, Procuradora de la Administración en su Nota C-N°301 de 11 de noviembre de 1997, dirigida al Licenciado Jorge Obediente, Director General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

-
- Estudios Tributarios. Documento IG-2006_12. En la página web de la Dirección General de Ingresos: www.dgi.gob.pa. Panamá, República de Panamá. 2006.
 - Valdés Mora, Camilo. Derechos y Garantías de Los Contribuyentes. En Revista Jurídica Panameña, APADEFT (Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario), N°1, Año 1. Panamá, 2009. Miembro y Capítulo Panameño del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT).
 - Valdés Mora, Camilo. **El Régimen Tributario Panameño. Entre el Positivismo y el Paradigma Discursivo del Derecho: Propuesta para implementar el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en materia tributaria.** Universal Books. Panamá. 2009.
 - Colegio Nacional de Abogados. **La Posición del Colegio Nacional de Abogados frente a la Reforma Tributaria.** 2002. Panamá.
 - Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica. (Patricia Frances Baima, editora) Publicaciones Iberia, San José: 2000. Página 58. **En Alianza Ciudadana Pro Justicia. Memoria. Reforma Judicial, una Tarea Inconclusa.** Perspectiva de la Sociedad Civil. Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A
 - Latin American Political Advisers (LAPA). **Valoración de la justicia y los problemas de su administración en Panamá: entre la impunidad y la indefensión, la impotencia y la frustración.** Panamá. 1996; En: **Alianza Ciudadana Pro Justicia. Memoria. Reforma Judicial. Una Tarea Inconclusa. Perspectiva de una sociedad civil.** 24 y 25 de octubre de 2000.

- Gnazzo, Edison. **Revista Legislación y Economía**. En Rivera, Bolívar & Castañedas. Web Page: www.riveraboca.com. 2008. **Fuente: CIAT**.
- MONTESQUIEU. **El Espíritu de Las Leyes**. (Libro XI, 4 y 6) en **Calderón, Ricardo Arias**. “**SI LA PRESIDENTA LEYERA A MONTESQUIEU...**” **El Diario El Panamá América. Sección de Opinión**. Domingo, 18 de noviembre de 2001, C6.
- Monty. **Principios para reformular el Sistema Tributario Argentino**. Resumen Ejecutivo. Temas 9 y 12. Página Web: www.atlas.org.pa
- Tribunal Administrativo Tributario de Panamá. Sitio web: www.tribunaltributario.gob.pa. Panamá. 2011.
- Ley 8 de 15 de marzo de 2010. Por la cual se reforma el Código Fiscal, adopta medidas fiscales y crea el Tribunal Administrativo Tributario. Gaceta Oficial Digital No. 26489-A de Lunes, 15 de marzo de 2010.
- Ley 33 de 30 de junio de 2010. Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales
- Decreto Ejecutivo No. 96 de 27 de septiembre 2010 Que Reglamenta el Procedimiento de Selección de los Miembros del Tribunal Administrativo Tributario
- Decreto Ejecutivo No.122 de 8 de noviembre de 2010 Por el cual se modifica el Decreto Ejecutivo No.96 de 27 de septiembre de 2010 “Que Reglamenta el Procedimiento de Selección de los Miembros del Tribunal Administrativo Tributario.

- Resolución OIRH No. 001-2012 de dos (2) de febrero de dos mil doce (2012)
- Por medio de la cual se adopta el Código de Ética que rige a los colaboradores del Tribunal y se dictan otras disposiciones
- Constitución de la República de Panamá.
- Código Fiscal de la República de Panamá.

¹ El trabajo de un abogado conlleva la práctica del Derecho y el ejercicio de las opiniones que aporten al beneficio y mejoramiento de los sistemas jurídicos panameños. Agradezco la oportunidad, el incentivo y los consejos del Dr. Carlos Barsallo, abogado y Director de Riesgo, Ética e Independencia de Deloitte, Inc.; así como del Dr. Camilo Valdés Mora, abogado y Asesor en el Ministerio de Economía y Finanzas. A la Licda. Yaremis Pérez A., abogada y Gerente de Deloitte, Inc. por alentarme a escribir sobre temas controvertidos en materia tributaria; e igualmente, a quienes me brindaron sus comentarios para plasmarlos en este artículo como parte de sus opiniones para fomentar la justicia tributaria eficiente que todo contribuyente merece.

EL CONCEPTO DE REGALÍAS (ROYALTIES) EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

CÉSAR GARCÍA NOVOA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Santiago de Compostela

Sumario

1. Introducción. El concepto de regalías en los Modelos de Convenio de Doble Imposición.
2. La doble imposición jurídica internacional y las medidas adoptadas por la República de Panamá para combatirla.
3. El Convenio de Doble Imposición España-Panamá.
4. El concepto de royalties o regalías en los Convenios de Doble Imposición firmados por Panamá.
 - 4.1. Elementos objetivos de la generación de royalties.
 - 4.2. Títulos jurídicos que determinan el gravamen en concepto de regalías.
 - 4.3. Distribución del poder tributario.
5. El concepto de beneficiario efectivo.
6. La aplicación de la regla *arm's length* en el pago de cánones o regalías.
7. Cánones o regalías percibidas por establecimientos permanentes.
8. Bibliografía.

1. Introducción. El concepto de regalías en los Modelos de Convenio de Doble Imposición.

El concepto de regalías también denominados cánones o *royalties* hace referencia a una manifestación de riqueza consistente en un rendimiento generado a partir de ciertos bienes, como son los activos intangibles, a partir de determinados negocios y títulos jurídicos. El incremento exponencial de los cánones o regalías pone de relieve la gran importancia que en los últimos años han adquirido los activos intangibles en la economía mundial y la importancia de la innovación tecnológica.

En el mundo de las relaciones tributarias internacionales los Estados asumen distintos roles. En cuanto a las innovaciones tecnológicas, existen Estados que son exportadores de tecnología y otros que recurren a la importación de las innovaciones que se llevan a cabo en otros países. El reparto del poder tributario relativo a las rentas derivadas de la cesión de tecnología pone de manifiesto los distintos intereses de los Estados implicados: los Estados exportadores de tecnología son aquellos en los que residen los titulares de los intangibles. Como Estados de residencia, pretenden gravar la renta exclusivamente en el lugar de residencia del perceptor de la regalía. Los Estados receptores de innovaciones tecnológicas, que dependen de la tecnología que le suministran otros países más desarrollados, sostienen que las rentas satisfechas por el pago de *royalties* deben gravarse total o parcialmente en el país de la fuente.

Así, el primer problema que se suscita en relación con la tributación internacional de los *royalties* es el relativo a la distribución del poder tributario. El Modelo de Convenio para Evitar la doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (MC OCDE), en su artículo 12, determina el gravamen exclusivo de estas rentas en el Estado de residencia, otorgando absoluta

preeminencia al Estado exportador de tecnología. El Modelo Naciones Unidas prevé una tributación compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. La práctica convencional se aproxima más a esta segunda solución, pues la mayoría de los Convenios de Doble Imposición que se firman, incluso siguiendo el MC OCDE, disponen el gravamen en el Estado de residencia, pero con una tributación limitada mediante *withholding tax* que se lleva a cabo sobre rendimientos brutos.

Con esta premisa, los Estados de residencia y de la fuente juegan sus respectivas cartas para intentar ensanchar su poder tributario respecto a los cánones. Así, los Estados de la fuente operan sobre el objeto de los contratos que pueden generar *royalties*, intentando incluir el mayor número posible de supuestos. Por su parte, los Estados de residencia intentan extender el título jurídico, para poder abarcar el mayor número de perceptores de rentas. Los Estados de la fuente intentan ampliar los referentes objetivos de los cánones, esto es, los objetos cuya cesión generan *royalties*, mientras que los Estados de residencia pretenden expandir los vínculos subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos, esto es, los supuestos que pueden generar cánones, el MC OCDE incluye en su artículo 12 una definición de cánones o regalías, del siguiente cariz: el término *cánones* en el sentido de este artículo significa 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, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

De tal manera que el concepto de regalía a que hace referencia el Modelo de la OCDE hace pivotar este tipo de renta sobre la base de tres objetos: la propiedad intelectual, los elementos de propiedad industrial y el *know-how*. Y, respecto a tales objetos materiales, el MC OCDE sólo prevé dos títulos jurídicos como susceptibles de generar *royalties*: el uso o la cesión de uso. En todos los casos, el elemento objetivo de un contrato susceptible de generar regalías se caracteriza porque su objeto es lo que se puede denominar un *intangible*. Existen muchas definiciones de intangibles, pero, por ejemplo, una de las más recurrentes en los últimos tiempos es la que se incluye en la Norma Internacional de Contabilidad 38, según la cual un intangible es activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física. Lo característico, por tanto, de los activos intangibles es la inexistencia corporal. Incluso podríamos decir que les define el ser puras creaciones jurídicas sin existencia en el mundo real.

Sin embargo, existen otros muchos objetos en relación con los cuales cabe plantearse la posibilidad de que puedan generar regalías. Algunos estaban presentes en el MC OCDE y fueron suprimidos: es el caso de los equipos comerciales, industriales y científicos, cuya cesión figuraba como posible generadora de cánones en los Modelos de Convenio OCDE 1963 y 1977, y que la versión de 1992 eliminó. Lo que no impide que siga presente en numerosos Convenios. En otros casos, los Convenios amplían la base objetiva de los cánones incluyendo otros supuestos que no responden a la tipología del artículo 12 del MC OCDE, como la asistencia técnica, los servicios de consultoría o los servicios técnicos e intelectuales (*brain work*). Finalmente existen casos dudosos en cuanto a la posibilidad de que un negocio jurídico sobre los mismos pueda generar una regalía como es el caso del fondo de comercio, los derechos de imagen, los derechos de

emisión de CO2 o los rendimientos procedentes de la cesión de *software*¹.

En cuanto a los títulos jurídicos, ya se ha apuntado que el MC OCDE sólo concibe la posibilidad de que se produzcan regalías como consecuencia del uso o la cesión de uso de los intangibles. Por lo tanto, la posible renta producida como consecuencia de la transmisión de un intangible dará lugar a una ganancia de capital, reconducible al artículo 13 del MC OCDE, pero no a una regalía. Y ello, a diferencia del Modelo USA de Convenio, que en su versión de 1996, dispone que tienen la condición de regalías las rentas obtenidas por la venta de bienes inmateriales (*super-royalties provisions*).

Respecto a esta definición conviene llevar a cabo una serie de precisiones. En primer lugar, el MC OCDE de Convenio de Doble Imposición se basa en una clara preferencia de la potestad impositiva del Estado de residencia. Siendo consciente la OCDE de que la fiscalidad de los rendimientos derivados de la cesión de intangibles era una de las materias en las cuales se podía poner de manifiesto de manera más clara la intención por parte de los Estados de la fuente (generalmente países menos desarrollados e importadores de tecnología) de ejercer su poder fiscal, la tendencia ha sido la de restringir los supuestos generadores de regalías a favor de otras categorías jurídicas, como los rendimientos empresariales o las ganancias de capital. En éstas, la tributación corresponde, normalmente, al Estado de la residencia.

Ello ha llevado a una limitación del principio de tributación en el Estado de residencia (así se viene pronunciando los Comentarios al MC OCDE en especial en relación con los programas de ordenador o la cesión de *know-how*), con la

1 -Para una descripción de estos supuestos, véase RODRIGUEZ LOSADA, S., *El régimen jurídico-tributario de los rendimientos derivados de bienes intangibles (aspectos internacionales)* tesis doctoral, inédita, pags. 83 y ss.

finalidad de eliminar la potestad de imposición del Estado de la fuente.

2. La doble imposición jurídica internacional y las medidas adoptadas por la República de Panamá para combatirla.

Obviando ahora la distinción entre doble imposición jurídica y doble imposición económica y centrándonos sólo en esta última, la República de Panamá es un Estado que, en el panorama internacional, tiene varias características importantes en lo que concierne a la gestación de posibles situaciones de doble imposición.

En primer lugar es un Estado que sigue el criterio de territorialidad a la hora de regular la imposición sobre la renta. Eso supone gravar sólo los ingresos netos que se derivan de operaciones realizadas dentro del territorio de la República de Panamá. Este principio básico ha permanecido casi inalterado desde la fundación de la República. El artículo 694 de la Ley panameña del Impuesto a la Renta, redactada según el artículo 2 de la Ley 8/2010, dispone que “es objeto de este impuesto la renta gravable que se produzca, de cualquier fuente, dentro del territorio de la República de Panamá sea cual fuere el lugar donde se perciba”. Ello supone que Panamá propiciará situaciones de doble imposición jurídica, en tanto la práctica totalidad de los Estados donde residen quienes obtienen renta en Panamá siguen el criterio de renta mundial. Panamá, por el contrario, no será normalmente el Estado obligado a corregir la doble imposición jurídica en su legislación interna.

Al tiempo, contempla normas internas relativas a los puntos de conexión que propician la extensión de su norma tributaria en el espacio, al atraer a la jurisdicción de Panamá

rentas materialmente producidas en el extranjero, pero relacionadas con otras generadas en Panamá. Así ocurre con ciertos rendimientos, como las rentas derivadas de la cesión de intangibles. El artículo 694, parágrafo 1, de la Ley panameña del Impuesto a la Renta, según el artículo 2 de la Ley 8/2010, considera renta gravable producida dentro del territorio de la República de Panamá: “la recibida por personas naturales o jurídicas cuyo domicilio esté fuera de la República de Panamá producto de cualquier servicio o acto, documentado o no, que beneficie a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, ubicadas dentro de la República de Panamá lo que incluye, pero no se limita a honorarios e ingresos por derechos de autor, regalías, derechos de llave, marcas de fábrica o de comercio, patentes de invención, know-how, conocimientos tecnológicos y científicos, secretos industriales o comerciales. Se trata de una medida propia de Estados receptores de inversión que se sitúa en la línea de otras prácticas internacionales que erosionan la formulación clásica de los puntos de conexión (como las disposiciones sobre el gravamen de la venta indirecta de acciones en Perú o de tributación de ganancias de capital obtenidas por no residentes si derivan de activos en el territorio, como en la India –caso Vodafone-).

Todas estas circunstancias hacen que su participación en la implementación de medidas para paliar la doble imposición jurídica internacional tenga lugar a través de instrumentos bilaterales como los Convenios de Doble Imposición y no con la adopción de medidas unilaterales en su legislación interna.

En segundo lugar, Panamá fue tradicionalmente un Estado calificado por otros muchos países como paraíso fiscal. Lo fue durante toda la etapa en que la OCDE identificó a los paraísos fiscales con las jurisdicciones no cooperativas al requerir, para dejar de ser paraíso, acuerdos

de intercambio de información (a partir del Informe *The OCDE, Project in Harmful Tax Practices*, de 2001, *Progress Report* del Informe de la OCDE *Harmful Tax Competition* de 1998). Recordemos que la OCDE exigió la concertación de 12 acuerdos de intercambio de información entre países cooperativos. Pues bien: con fecha 6 de julio de 2011 la OCDE declaró a Panamá fuera de la *black list*, clasificándolo en la *lista gris*, al haber concertado los doce Convenios de rigor.

Aunque hay que tener en cuenta que actualmente la OCDE está impulsando nuevos avances hacia el efectivo intercambio de información tributaria a través de la fórmula de las *Peer Reviews del Global Forum on Transparency and Exchange of Information*. En la Fase I de los *Peer*, se prevé efectuar respecto a cada país, un análisis del marco regulatorio nacional y del grado de cumplimiento de los estándares OCDE de transparencia e intercambio de información, en relación con varias cuestiones: análisis y disponibilidad de la información contable, societaria, bancaria, accesibilidad para las autoridades nacionales y posibilidad de intercambio efectivo sin obstruccionismo. En 2010 se verificaron ocho *Peer Reviews*, entre ellos, uno relativo a Panamá. Se fijaron en las conclusiones, 64 Recomendaciones, habiendo detectado la OCDE problemas serios de accesibilidad de la información contable y sobre la condición de beneficiario último de las entidades radicadas en Panamá, de manera que Panamá no pasó a la Fase II, llamada de la *on site examination*².

Por todo ello, es muy importante que Panamá firme Convenios de Doble Imposición con cláusula de intercambio

2 .- Esta segunda fase supone entrar en el análisis de la aplicación práctica de los mecanismos de intercambio de información, de la existencia de una verdadera actitud positiva de las autoridades para dar información y de la existencia de facilidades o de dificultades administrativas para propiciar este intercambio, además de la calidad de los datos intercambiados.

de información, a efectos de favorecer su posición internacional como jurisdicción cooperativa.

Entercer lugar, Panamá es un país receptor de inversiones e importador de capitales. Le interesa adoptar medidas que respetan la neutralidad en la importación de capitales (*import neutrality*) o neutralidad externa (*foreign neutrality*), de modo que su legislación doméstica necesariamente va a tender a que todos los inversores que localicen sus inversiones en Panamá tengan el mismo tratamiento fiscal, con independencia de su residencia. Pero es evidente que el logro de esta finalidad no puede obtenerse sólo por medio de la actuación del Estado de la fuente. Resulta imprescindible que el Estado de residencia de quienes invierten en Panamá articule fórmulas para evitar la doble imposición. Y también resulta crucial que el propio Estado de la fuente, en este caso Panamá, se implique en conseguir fórmulas bilaterales para eliminar la doble imposición jurídica.

Por eso resulta trascendental la política de firma de Convenios que ha emprendido Panamá. La República de Panamá ha suscrito Convenios con España, México, Bélgica, Holanda, Qatar, Luxemburgo, Corea del Sur, Italia, Portugal y Singapur, además del Tratado de intercambio de información con Estados Unidos, a lo que hay que unir las negociaciones con Irlanda y al República Checa.

Vamos a referirnos a un aspecto fundamental del derecho de los Tratados de Doble Imposición de Panamá como es el relativo al tratamiento de las regalías o *royalties*.

3. El Convenio de Doble Imposición España-Panamá.

El 7 de octubre de 2010 se firmó el Convenio entre la República de Panamá y el Reino de España para evitar la

doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, que fue publicado 4 de julio de 2011 en el Boletín Oficial del Estado español, integrándose en el Derecho interno.

La firma de un Convenio de Doble Imposición (CDI) supone la incorporación al ordenamiento interno de los Estados firmantes de una norma jurídica que se aplica con preferencia al Derecho doméstico, y que tiene como finalidad distribuir el poder tributario con la finalidad de prevenir o mitigar la doble imposición jurídica internacional. Desde el punto de vista económico, el Convenio debe ser el marco normativo que facilite la seguridad jurídica para la inversión extranjera.

Como todos los Convenios, el CDI España-Panamá tiene naturaleza de tratado internacional y su función es la eliminación de los conflictos positivos de tributación. Aun a riesgo de un reduccionismo excesivo, hay que señalar que estos conflictos son originados por el ejercicio de la soberanía tributaria por los distintos Estados, y por el hecho de que, cada Estado puede imponer su propia potestad tributaria a todas aquellas circunstancias que impliquen una relación económica con su propio sistema estatal. Los Estados soberanos pueden también imponer tributos a “cualquiera que se encuentre en el ámbito de la potestad de imperio”, lo cual es una fuente de conflictos³.

En el caso del Convenio España-Panamá, su conclusión pone fin a un complejo proceso y adquiere especial importancia porque Panamá ha figurado tradicionalmente en la lista española de paraísos fiscales.

3 .-UCKMAR, V., “Los Tratados Internacionales en materia tributaria” en Curso de Derecho Tributario Internacional, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2003, pag. 86; VIRGOS SORIANO, M.-GARCIAMARTIN ALFEREZ, F.J., Derecho Procesal Civil Internacional, Civitas, Madrid, 2000, pags. 69 a 72.

Sin embargo, a efectos de valorar la importancia de la conclusión del CDI España-Panamá, lo fundamental será, sin duda, determinar qué se entiende por paraíso fiscal en el ordenamiento interno español. En la línea con lo establecido por la OCDE, la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006, de Prevención del Fraude Fiscal dispuso que serían paraísos los Estados que se determinen reglamentariamente, y que dejarán de ser paraísos los países o territorios que se comprometan al intercambio de información⁴. La determinación reglamentaria de los paraísos se viene efectuando en España a través del sistema de *lista negra* del RD 1080/1991, modificada por el RD 116/2003, de 31 de enero⁵.

Parece acertado hacer depender el concepto de paraíso de la ausencia de intercambio de información, que es el principal parámetro que utiliza la OCDE desde su informe de 1998, y por tanto, condicionar el carácter de paraíso a un requisito sustantivo, como el intercambio de información. Pero lo importante es saber si el compromiso de intercambio responde a estándares internacionales.

Acertadamente, la Ley española 36/2006 asume que ese nivel mínimo se ve satisfecho con la existencia de un Convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información. Así, España debe dejar de considerar paraíso a cualquier Estado que firme un CDI que incluya una cláusula que siga el patrón del

4 .- La Disposición Adicional Primera identifica *paraíso fiscal* con aquellos países o territorios que no tengan con España un Convenio para evitar la Doble Imposición internacional con cláusula de intercambio de información o “un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejen de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen”; TIXIER, G.-GEST, G.; *Droit Fiscal International*, 2ª ed., París, PUF, 1990, pag. 130.

5 .-VAN DER LAAT, S., “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas antiparaíso en la legislación española”, *Crónica Tributaria*, nº 93, 2000, pag. 51; véase también al respecto, LOVISOLO, A., “Evasione ed elusione fiscale nei rapporti intenzionale”, *Diritto e Pratica Tributaria*, vol LVI, 1985, pags. 1198 y ss.

artículo 26 del MC OCDE. Y el Convenio España-Panamá incluye en su artículo 26 un intercambio de información con numerosas restricciones.

En primer lugar, el intercambio de información al que se comprometen España y Panamá se rige por el principio del *forseeably relevant*, introducido en la versión del MC OCDE de 2005, y según el cual se intercambiará la información que “que previsiblemente pueda resultar de interés para aplicar lo dispuesto en el Convenio”. Y además, de acuerdo con la expansión de las obligaciones de intercambio de información que se produce en la versión del Modelo de 2005, se dispone que el intercambio se referirá a los impuestos de toda naturaleza o denominación exigibles por los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Convenio.

Sin embargo, y a pesar de que el Convenio España-Panamá parece asumir el incremento de las posibilidades del intercambio de información que derivan de la versión del Modelo de 2005, lo cierto es que se incluyen diversos límites importantes: se sigue manteniendo la excepción de que las partes (y, en especial Panamá) no adoptarán medidas de intercambio de información contrarias a su legislación o praxis, no suministrarán información que no se pueda obtener de su propia legislación o que vulnere un secreto empresarial, industrial, comercial o profesional o un proceso industrial, o información cuya comunicación sea contraria al orden público.

Y si bien el Convenio España-Panamá sólo permite el intercambio de información previo requerimiento y, además, constriñe a utilizar la información sólo para la finalidad previamente establecida, respeta el estándar mínimo exigible, por lo que la concertación del Convenio supone que, en el futuro, España no podrá aplicar las medidas

antiparaíso de su legislación doméstica a las operaciones de sus residentes en territorio de la República de Panamá, en coherencia con el hecho de que la OCDE haya excluido ya a Panamá de su lista negra.

Además, el hecho de que España firme un Convenio con un país como Panamá tiene otras consecuencias. En tanto Panamá articula sus principales impuestos en torno al principio de territorialidad, la existencia del Convenio faculta a considerar los impuestos pagados por filiales de sociedades españolas en Panamá como impuestos *análogos* al Impuesto español de Sociedades. Ello, a efectos de aplicar el método de exención para corregir la doble imposición económica internacional de dividendos. Así, el artículo 21,1, b) del Texto Refundido de la Ley española del Impuesto sobre Sociedades dispone que se considerará cumplido el requisito de que la filial esté gravada en el extranjero por un impuesto análogo, “cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información”.

4. El concepto de royalties o regalías en los Convenios de Doble Imposición firmados por Panamá

Los Convenios de Doble Imposición firmados por Panamá incluyen un concepto amplio de canon y royalties, o mejor dicho, de los elementos objetivos que pueden generar cánones y royalties. Como se ha dicho, esos elementos son los denominados *intangibles*. Al mismo tiempo, fijan los títulos jurídicos que facultan el gravamen en concepto de cánones.

4.1. Elementos objetivos de la generación de royalties.

Todos los Convenios firmados por Panamá singularmente con Qatar, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Barbados, Portugal, España..., en sus respectivos artículos 12, 3, incluyen los tres supuestos clásicos de intangibles: propiedad intelectual (copyright), propiedad industrial y conocimientos o experiencias comerciales, industriales o científicas (*know-how*). Se trata de los tres ejemplos tradicionales de intangibles.

Sin lugar a dudas es en lo relativo a los derechos de propiedad intelectual donde existe una variedad mayor de situaciones objetivas. Existen Convenios que reproducen el contenido del artículo 12,3 del MC OCDE. Es el caso del Convenio con Corea, que se refiere a “derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas...”(aunque añade “entre otros”, con lo que, a diferencia del MC OCDE, se viene a afirmar que se trata de una relación enunciativa). En este sentido se recoge, no sólo el contenido del Modelo OCDE, sino de los respectivos artículos 12 de los Modelos de Convenio de Naciones Unidas y de Estados Unidos que proponen una redacción semejante.

Por una parte, es habitual en la mayoría de los Convenios firmados por Panamá incluyan entre los elementos objetivos cuyo cesión de uso genera derechos calificables como *royalties*, las creaciones informáticas o *software* (véanse Convenios con Luxemburgo, Singapur (que se refiere a *software* para computadora), Barbados, Portugal y España)⁶. No hay duda de que el diseño de un programa de computación es una creación intelectual protegida por

6 .- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A., “Cánones del software: interpretación en los Convenios de Doble Imposición”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 53, n° 267, 2003, págs.15-74.

un *copyright* (así se recoge en los textos internacionales, singularmente en la Convención de Ginebra) y que su cesión para su distribución o explotación económica dará lugar a rentas que deben ser catalogadas como *royalties*.

El Modelo OCDE no incluye tales referencias ni tampoco, actualmente, el Modelo de Estados Unidos. Conviene recordar aquí que la versión del Modelo de Estados Unidos del año 2006 supuso un cambio en la concepción de *royalty*. Hasta ese momento, en el artículo 12 se incluía una mención expresa a los programas de computación (*software*), los discos o cintas de audio o video, y otros medios de reproducción de la imagen o el sonido, como obras protegidas por derecho de autor. Esta referencia se eliminó del texto del artículo 12 del MC EE.UU., aunque persiste en los Comentarios a dicho Modelo (*Technical Explanations*), donde se pone de manifiesto que las rentas derivadas de la cesión del uso de programas de computación podrán ser calificadas como *royalty* o como renta de actividad empresarial, dependiendo de los hechos y las circunstancias de la transacción.

Sin embargo, la importancia del *software* obliga a prever la calificación de las rentas derivadas del mismo. La propia OCDE tuvo que aventurarse, en los Comentarios al Modelo, a llevar a cabo una calificación jurídico-tributaria de estas rentas. Son realidades que resultaban totalmente desconocidas cuando se redactaron el artículo 12 del MC OCDE y los Comentarios que lo acompañaron por primera vez, pero que con la evolución social y tecnológica actual han tenido que ser encajadas en este precepto. La OCDE, se ha inspirado para calificar los pagos por cesión de *software* en las Directrices del *Internal Revenue Service* a través de la *Regulation on the Classification of Certain Transactions Involving Computer Programs*, dictada en el año 1998⁷.

7 .- CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Cánones”. En: CARMONA FERNÁNDEZ, N., (Coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea...*

Sobre la base de estas aportaciones, hay que aclarar que la calificación de estas rentas como regalías no puede extenderse a todas las rentas implicadas en la cesión de *software*.

Así, la calificación de estas rentas como regalías no se extiende a todas aquellas rentas que no retribuyen un uso de la creación informática cedida con fines de distribución, reproducción o explotación, sino que la cesión es a los meros efectos de utilización privativa de un programa producido en serie. En caso de venta de programas informáticos estandarizados, la venta incluye la cesión de un *software* imprescindible para permitir la utilización del programa. La retribución que se pague, en estos casos, es por la compra del programa o de un equipo que incorpora un programa, no por el uso de ningún derecho de propiedad intelectual. La renta será, para el perceptor, una renta empresarial y no un *royalty*⁸.

Tampoco la calificación de rentas como regalías puede extenderse indiscriminadamente a todas las rentas procedentes de la cesión de bases de datos informáticas. Las normas de la propiedad intelectual (en España, la Ley

op. cit., pág. 348. Para un estudio pormenorizado sobre el contenido de las *Regulations* norteamericanas en materia de *software*, pueden revisarse los siguientes trabajos: SPRAGUE, G.D., "Proposed Regulations on computer software revenue characterization", *Tax Management International Journal*, Vol. 26, No. 3, 1997, págs. 128 y ss; McASKILE, C.A., "The characterization of computer software: Canada, The United States and the OECD Model Tax Convention", *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, Vol. 47, No. 6, 1999, págs. 1505 y ss.

8 .- Conviene recordar que ha sido la jurisprudencia de la India (país importador de tecnología por excelencia) a través de las sentencias de su *Income Tax Appellate Tribunal*, la que ha venido diferenciando el pago en concepto de *royalties* de otros pagos relacionados con la adquisición de productos informáticos que no suponen regalías. Por ejemplo, en su sentencia *Lucent Technologies Hindustan Ltd.*, 883, el tribunal indio defiende que los pagos realizados por la adquisición de varios equipos y terminales de teléfono y del *software* necesario para su funcionamiento, que se importan por separado, no conllevan una licencia de uso y, por tanto, excluyen el pago de un *royalty*, al entender que los derechos adquiridos por la empresa de la India no tenían la naturaleza de derechos de propiedad intelectual.

5/1998, de 6 de marzo, que incorpora al Derecho español la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de las bases de datos de Propiedad Intelectual) protegen la cesión de bases de datos. Esa protección se extiende, tanto a las bases de datos originales, en las cuales existe un trabajo de selección o disposición de su contenido que constituye un trabajo intelectual, como al derecho *sui generis* sobre una base de datos. En este último caso, lo que se protege realmente es la inversión realizada por el creador en las bases de datos que carezcan de originalidad en los criterios de selección o disposición de su contenido. En este caso no estamos ante un trabajo de creación intelectual, lo que excluye la existencia de un intangible. Por tanto, la transmisión, cesión o licencia contractual del derecho *sui generis* sobre la base de datos no conllevaría el pago de regalías, sino que estaríamos ante un claro beneficio o rendimiento empresarial derivado de una inversión.

Por otro lado, cuando la cesión de *software* forme parte de un contrato complejo de transferencia de tecnología (en el que se incluya, además, *know how*, marcas o asistencia técnica)⁹, procede aplicar el conocido principio de *desagregación*. Según esta regla, el contrato debe descomponerse en todas las convenciones que se incluyen en el mismo, para aplicar a cada una de ellas el régimen que le corresponda, salvo que alguna de estas disposiciones sea puramente accesorio, en cuyo caso se le aplicará el régimen de la principal.

Por su parte, en aquellos Convenios firmados por Panamá que no incluyen referencias a al *software*, y en la medida en que la cesión de creaciones informáticas puede generar derechos derivados de tales cesiones, es necesario

9 .- LEONARD, B., BUSTOS BUIZA, J.A., MARTÍN BARRIOS, F., “Concepto de ‘canon’: pagos relacionados con *software*”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 218, 2008, págs.29 y ss.

calificarlas. Parece obvio que, en estos casos, las rentas serán regalías por el uso o la cesión de uso de un derecho de propiedad intelectual. Pero puede ocurrir que el Convenio no prevea un tratamiento uniforme para todos los *copyright*, sino que diferencie los que se aplican a la cesión de obras científicas de las correspondientes a obras literarias o artísticas. Estos últimos dan lugar a los denominados *cánones culturales*, que muchos Convenios permiten gravar con rentas más reducidas que las que se aplican a otros *royalties*, y, algunos incluso, las consideran rentas exentas.

Aunque este no es el caso de los Convenios firmados por Panamá, a nuestro juicio un programa informático se aproxima más a una obra científica que a una obra artística o literaria y los *royalties* pagados por tales programas deben tener un tratamiento semejante a los cánones pagados por la cesión de derechos sobre obras científicas. Este ha sido el criterio que desde un primer momento defendió la Administración Fiscal española, aunque el Tribunal Supremo español, en sentencias de 28 de abril y 26 de junio de 2001, y, posteriormente en la de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005\649), califica la cesión de *software* como cesión de *obra literaria*, aludiendo a que los programas de computación tienen la misma protección jurídica en las normas internacionales (Convenio de Ginebra) que las obras literarias.

En el caso de películas cinematográficas, aunque hay Convenios firmados por Panamá, como los concertados con Francia o Italia que, siguiendo el MC OCDE, sólo se refieren a esta forma de transmisión de imágenes y sonidos, no todos siguen esta línea. Existen Convenios de Panamá que son proclives a recoger una definición más próxima a la que incluye el artículo 12,3 del Modelo de Convenio de Naciones Unidas que se refiere no sólo a los derechos de autor de películas cinematográficas, sino a “películas o cintas usadas

para la difusión en radio o televisión”. Así, los Convenios de Panamá con España, Portugal, Países Bajos y con Barbados hablan de “cintas y otros medios de reproducción de la imagen y el sonido”; el Convenio con Singapur se refiere a “cintas para la reproducción”. Y mucho más preciso es el Convenio con Qatar, que habla de *tapes or discs for radio or television broadcasting*, en la línea del Modelo USA anterior a 2003.

Además, a nuestro juicio, las expresiones contenidas en los Convenios firmados por Panamá respecto a los derechos de autor sobre películas deben incluir el *merchandising* de películas, sobre todo las de dibujos animados (*cartoons*), denominado *character merchandising*, que hace referencia al *merchandising* de personajes de ficción. Este tipo de *merchandising*, en tanto es una creación original del autor, está protegida por el derecho de autor y su cesión genera regalías.

En cuanto a las referencias a las marcas y a otros elementos de propiedad industrial como diseños, modelos... entendemos que las mismas deben entenderse en sentido estricto. Sin embargo, deben abarcar todos los supuestos que puedan adoptar la forma de marca o cualquier otro elemento de la propiedad industrial. Así, es el caso de los derechos de imagen o del *merchandising*. Aunque los derechos de imagen son derechos de la personalidad, los mismos tienen una vertiente patrimonial, en la medida en que puede ser cedidos voluntariamente a cambio de una retribución. Y, en el caso de *celebrities*, la imagen tiene un gran potencial publicitario y puede ser registrada como marca, en cuyo caso, el pago por la misma será una regalía¹⁰. Ello será posible cuando se concierte un contrato de *personality merchandising*, en el que la persona cede un derecho patrimonial, que no forma

¹⁰ .- BOSCH CAPDEVILA, E., *La prestación de servicios por deportistas profesionales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pág. 145.

parte del derecho constitucionalmente protegido a la imagen , y que es semejante a un contrato de licencia de marca –y, en concreto, del contrato de “*merchandising* de marca”¹¹.

Además, todos los convenios concertados por Panamá incluyen entre los supuestos que generan *royalties*, los pagos por cesiones de equipos industriales, comerciales o científicos. La calificación de los pagos por cesiones de equipos se mantiene en el artículo 12,3 del Modelo de Convenio de Naciones Unidas, pero se ha suprimido del MC OCDE, en su versión del año 1992. Fundamentalmente porque se trata de un claro supuesto de cesión de bienes muebles, no de intangibles, aunque en los contratos complejos de cesión de tecnología o en los de franquicia se suele incluir la cesión de equipos, lo que ha llevado a sujetar los pagos por esta cesión al régimen del pago de *royalties*. Por ello, es habitual en los Convenios mantener este supuesto como generador de *royalties*.

Por último, hay que señalar que los Convenios firmados por Panamá no suelen incluir dentro de los supuestos que generan *royalties*, casos que en realidad son productores de rendimientos empresariales o servicios personales independientes. Por el contrario, en muchos Convenios firmados por España se califican como *royalties* los pagos, por ejemplo, por servicios de consultoría (artículo 12 del Convenio España-Colombia) o por asistencia técnica. Este último supuesto merece un comentario especial.

La asistencia técnica, a nuestro juicio, no debe generar el pago de rentas calificables como regalías. El contrato de asistencia técnica es un contrato de transferencia de tecnología basado en un arrendamiento de obra, ya que quien presta el servicio se obliga a obtener un resultado

11 .- PLAZA DE DIEGO, M.A., *Fiscalidad del derecho a la propia imagen. Especial referencia a los deportistas comerciales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005, págs. 87-88.

industrial. Se trata de un contrato *atípico*, carente de regulación positiva en la mayoría de los ordenamientos. Su objeto será un resultado tecnológico al que se compromete el que presta la asistencia.

La OCDE se refiere al contrato de asistencia técnica para hacer mención a consultas y desplazamientos de expertos, preparación de planos y dibujos de orden técnico, controles de fabricación, estudios de mercado, así como formación de personal. En este sentido, el Grupo Asesor Técnico-tributario (*Tax Advisory Group*, TAG) presentó un Informe sobre Calificación en los Convenios de los pagos realizados en transacciones de comercio electrónico en el año 2001, en el que definió la prestación de servicios técnicos o asistencia técnica (*technical services*) como los servicios en los cuales es necesario que el prestador cuente con unos conocimientos técnicos específicos. En concreto, se trataría de conocimientos pertenecientes al ámbito de la ciencia o la artesanía. Así pues, en esta categoría se entenderían incluidas las prestaciones de servicios técnicos e intelectuales (*brainwork*). En suma, para la OCDE son “*prestaciones de servicios de aplicación de tecnología*”. El hecho de que consista en una prestación de tecnología supone que se trata de un arrendamiento de servicios y no de la cesión de un bien tangible o intangible.

En suma, la asistencia técnica se materializa en contratos donde “*el proveedor del servicio se obliga a crear un producto nuevo o a desarrollar uno ya existente (que puede incluso ser un know-how específico). Para desarrollar el nuevo producto, el proveedor del servicio aplicará un conocimiento existente, o especiales habilidades, o experiencias adquiridas*. Por tanto, no hay suministro de *know-how* como tal al receptor del servicio. Ello significa que el proveedor de la asistencia aplica un conocimiento ya adquirido a una finalidad determinada. Si esta aplicación supone la creación de un producto, el

receptor será propietario de los eventuales derechos sobre el mismo. No cede ningún bien inmaterial, por lo que estamos ante la prestación de un servicio personal y no ante un *royalty*.

Frecuentemente, el contrato de asistencia técnica se confunde con la cesión de conocimientos especializados de carácter industrial, científico o tecnológico: esto es, se confunde con la cesión de *know-how*. A veces, esta confusión es deliberada: se pretende tratar la asistencia técnica como *know-how*, para que las retribuciones por la misma tengan la condición de *royalties* y puedan ser gravadas en el Estado de la fuente.

La diferencia entre *know-how* y asistencia técnica es clara. Esta última incluye aquellos casos en que se trata de permitir y facilitar la aplicación por otros de técnicas que han sido desarrolladas o adquiridas por el propio comunicante de los conocimientos o realizador de los estudios. Lo que se suministran son datos, informes y experiencias técnicas que no son secretos, pero cuyo conocimiento exige un esfuerzo o inversión considerables¹². Por eso facilitar esos conocimientos constituye un servicio. Por el contrario, en el *know-how* se comunican unos conocimientos técnicos secretos que, en sí mismos, son un intangible. Quien comunica los conocimientos no responde de su aplicación. Por eso, quien paga por una licencia de *know-how* no retribuye un servicio sino la cesión de uso de un intangible.

4.2. Títulos jurídicos que determinan el gravamen en concepto de regalías.

El segundo elemento determinante en la configuración de los rendimientos calificables como cánones es la titularidad jurídica que debe ostentar el perceptor de rentas. Como

12 .- GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*, Madrid:, Tecnos, 1974, pag. 32 y ss.

hemos apuntado, este es un elemento con el que juegan los Estados de residencia. En la medida en que las regalías son gravadas parcialmente en el Estado de la fuente, se trata de limitar estas titularidades para excluir determinados supuestos del gravamen en concepto de *royalties*. O bien, en aquellos Modelos en los cuales el gravamen es exclusivo en el Estado de residencia, se ampliarán las titularidades que permiten la percepción de cánones.

Así lo hace un Modelo de Convenio como el de la OCDE, que favorece al Estado de residencia, limitando los cánones a los supuestos de cesiones de uso de intangibles. Como hemos dicho, la regla general derivada del MC OCDE es que sólo las cesiones de uso pueden generar el pago de un *royalty*. Todos los Convenios suscritos por Panamá siguen el criterio establecido por el artículo 12,3 del MC OCDE: se gravan en concepto de renta el uso, o la concesión de uso de los elementos intangibles expuestos con anterioridad. En el marco de estos Convenios, por tanto, sólo habrá cánones gravables como tales, si los elementos patrimoniales se ceden o arriendan, no cuando se transmiten o enajenan.

Esta última cuestión es importante, porque supone que los rendimientos generados por la venta o transmisión de cualquier elemento intangible determinará la existencia de una ganancia de capital, no de un *royalty*. Se aplicará el régimen de las ganancias de capital previsto en el artículo 13 del MC OCDE, donde se incluye una cláusula residual según la cual “las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier bien...sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el transmitente”. La exclusión de las rentas generadas por la enajenación de elementos intangibles del ámbito de las regalías y su calificación como ganancias de capital supondrá el gravamen exclusivo de las mismas en el país de residencia del perceptor, con exclusión de la tributación en el país de la fuente.

Ello contrasta con la tradicional postura del Modelo de Convenio de Estados Unidos, que cataloga como *royalties* los pagos recibidos por las transmisiones de la propiedad de los bienes intangibles. Con ello, el Modelo USA intenta reconducir al régimen de los *royalties* la mayor cantidad de rentas posible, pero porque este Modelo prevé la tributación de los *royalties* exclusivamente en el Estado de residencia. Con ello se pretende que las rentas derivadas de la transmisión de intangibles tributen en el Estado de residencia, evitando la deslocalización. Por supuesto, la valoración de los bienes intangibles cuya propiedad se transmite deberá realizarse de modo adecuado; de lo contrario, será aplicable la *super-royalty provision* de la Sección 482 del IRC, que autoriza a las autoridades norteamericanas a corregir el valor otorgado a una transacción entre sociedades que no tengan la condición de partes independientes¹³.

4.3. Distribución del poder tributario.

Aunque el artículo 12 del MC OCDE establece que, en el caso de las regalías, la tributación corresponde en exclusiva al Estado de residencia, todos los Convenios firmados por la República de Panamá, como ocurre habitualmente en la práctica convencional, fijan una tributación compartida.

Así, junto con el gravamen en el Estado de residencia, se prevé un gravamen limitado en la fuente. Este gravamen limitado se aplicará cuando la renta por el pago de la regalía se genere en un Estado Contratante, entendiéndose pagada una regalía en un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado.

En los Convenios firmados por Panamá, la alícuota que se aplica en la tributación en la fuente varía. Lo más habitual es que el porcentaje sea del 5 por 100, así ocurre en los

13 .- RODRIGUEZ LOSADA, S., *El régimen jurídico-tributario de los rendimientos derivados de bienes intangibles (aspectos internacionales)*, op. cit., pag. 133.

Convenios de Panamá con Francia, México, Luxemburgo, Singapur y España. Un porcentaje mayor es el previsto en otros casos como Barbados (7,5 por 100) o Portugal (10 por 100).

Por lo demás, existen algunas peculiaridades en algunos Convenios.

Así, aunque en la experiencia convencional es muy frecuente fijar alícuotas diferentes respecto a los distintos tipos de regalías, sólo en uno de los Convenios suscritos por Panamá se refleja esta práctica. En concreto, en el Convenio con Corea, que fija un tipo reducido del 3 por 100 para cánones o regalías por el uso o derecho de usar equipos comerciales, industriales o científicos. En todos los demás casos la alícuota es del 10 por 100.

Y en el caso del Convenio con Países Bajos, donde el tipo de gravamen es el más común del 5, por 100, dispone el artículo 12 que: “las autoridades competentes de los Estados Contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicación de esta limitación”. Se trata de una remisión a los procedimientos amistosos, y, en concreto, a los de carácter interpretativo. Según el párrafo 34 de los Comentarios al art. 25 del MC OCDE, procederá la concertación de este procedimiento amistoso de carácter interpretativo cuando se trate de completar o precisar el sentido de un término definido en el Convenio de manera incompleta o ambigua para evitar cualquier dificultad, además de eliminar efectivamente la doble imposición¹⁴.

14 .- Según el párrafo 37 de los Comentarios al art. 25 del MOCDE, la segunda frase del apartado 3 establece que las autoridades competentes tienen, asimismo, la posibilidad de evitar la doble imposición en los casos no previstos en las disposiciones del Convenio. A este respecto, presenta especial interés el caso de un residente de un tercer Estado que tenga un establecimiento permanente en cada uno de los Estados contratantes. Naturalmente, es deseable que el procedimiento amistoso pudiese eliminar efectivamente la doble imposición susceptible de producirse en tal

Estos acuerdos amistosos, que en la mayoría de los países no tienen rango de verdaderos acuerdos internacionales, forman parte del contexto relevante para interpretar el Convenio, pudiendo considerarse “prácticas posteriores” a la luz del artículo 31,3 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Son por tanto, instrumentos a ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las dudas exegéticas sobre el contenido del Convenio.

En todos los Convenios firmados por Panamá, el gravamen en la fuente sobre regalías se aplica sobre ingresos brutos. Y el impuesto exigido en el Estado de la fuente aplicando las reglas expuestas debe ser objeto de un método para eliminar la doble imposición jurídica. En los Convenios concertados por Panamá ese método es el de *credit tax*, bajo la fórmula de imputación ordinaria. Así, los países con los que Panamá tiene Convenio han de permitir deducir un importe igual al impuesto pagado en Panamá, aunque dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas o a los elementos patrimoniales que puedan someterse a imposición en el país de residencia.

Ello provoca importantes problemas teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el gravamen en la fuente se aplica sobre rendimientos brutos. Ello supone un importe desproporcionado en concepto de *withholding tax* en la fuente. Si a ello se une que la generación de muchos de estos intangibles tienen un alto *cost plus* (esto es, un importante volumen de costes necesarios para su producción), y que los costes son tomados en consideración en el Estado de

supuesto. No obstante, debe exceptuarse el caso de los Estados contratantes cuyo Derecho interno es contrario a que el Convenio se complete en aquellos puntos no tratados expresamente en el mismo, al menos de modo implícito; en tal caso el Convenio no podrá ser completado más que por un Protocolo sometido, como el Convenio mismo, a ratificación o aprobación.

residencia como gastos, la conclusión es que el *credit tax* puede no servir para corregir la imposición soportada en la fuente. Y ello, porque es posible que, por la deducción de gastos en el Estado de residencia, no existe base o cuota suficiente para aplicar todo el importe del *credit tax*.

También se observa en los Convenios firmados por Panamá la inexistencia de cláusulas de *tax sparing*, o cláusula de imputación de impuestos no pagados. En esta línea se comprenden las aclaraciones de algunos Convenios, como el concertado con Francia, en cuyo artículo 21,1, b) dispone que “la expresión “monto del impuesto pagado en Panamá”, en el sentido en que se emplea en el sub-apartado a), significa el monto del impuesto de Panamá que se grave efectiva y definitivamente con respecto a las rentas de que se trate, de acuerdo con las disposiciones del Convenio, por un residente de Francia que es gravado por dichas rentas, de conformidad con las leyes de Francia”. Es decir, se aclara que sólo se deduce el impuesto realmente pagado. Por lo que, si media un beneficio fiscal en el Estado de la fuente, el crédito se reducirá o eliminará, lo que puede abocar a que el beneficio fiscal otorgado por el Estado de la fuente se pierda en el Estado de residencia.

Ese es el efecto que se atribuye a la ausencia de un *tax sparing*: lo que supone que la exoneración habilitada por el Estado de la fuente (normalmente un Estado en vía de desarrollo) acaba convirtiéndose en un “un sacrificio inútil y absurdo” para éste, llegando incluso a afirmarse que ello supone una apropiación por el Estado de residencia de los impuestos que corresponderían al país de la fuente si este no hubiese concedido el beneficio tributario. Esta exclusión de la cláusula de *tax sparing* en los Convenios concertados por Panamá es la muestra de que la lucha de los países latinoamericanos por el reconocimiento del método de imputación de impuestos no pagados prácticamente

sucumbió definitivamente a principios de la década de 1970, cuando se impuso el Modelo de Convenio OCDE, fundamentado en el principio de residencia, con algunas concesiones al gravamen en el país de la fuente¹⁵.

5. El concepto de beneficiario efectivo.

Los convenios firmados por Panamá suelen incluir una cláusula de “beneficiario efectivo” (*beneficial ownership*) al decir que los “cánones o regalías procedentes de un Estado Contratante y cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado...”. Esta cláusula fue introducida formalmente por primera vez en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones o regalías) en la versión del MC OCDE del año 1977¹⁶. Respecto a los *cánones* o *regalías* (en la actual versión en español del Modelo) la cláusula de beneficiario efectivo se introdujo en la modificación del texto del Convenio de 1995, superando la anterior redacción que hablaba de *propiedad efectiva* de la retribución por uso o cesión de uso de propiedad intelectual, industrial o conocimientos de carácter industrial, científico o técnico. En el año 2003 se aclaró el alcance del concepto de *beneficiario efectivo* respecto a los cánones, atribuyéndole un significado semejante que el que se asigna al resto de rentas de *tributación compartida* (intereses y dividendos). Así, el apartado 2 del artículo 12 del MC OCDE dispone que “el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a percibir un impuesto

15 .-CAHN-SPEYER WELLS , P., “El Método De Imputación De Impuestos No Pagados (Tax Sparing) En Un Mundo Globalizado”, en *El Tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, T. I, Marcial Posns, 2008, pag. 1995.

16 Sin embargo, la figura del “beneficiario efectivo” tiene orígenes anglosajones. Concretamente, esta supuesta norma antiabuso tenía antecedentes en convenios sucritos por Reino Unido. A modo de ejemplo, podemos citar el Protocolo de Convenio británico-norteamericano de 1968 o el Convenio hispano-británico de 1975, con referencias a la figura del “*beneficial ownership*”. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Cánones”. En: CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: Wolters Kluwer – CISS. 2008. Pág. 306.

sobre unos derechos por el solo hecho de que esos ingresos pasaron inmediatamente a manos de un residente de un país con el que el Estado de la fuente tiene suscrito un Convenio.

El concepto de beneficiario efectivo previsto en el MC OCDE se ha tomado de los ordenamientos de Derecho anglosajón, tratándose de un término “que parece emparentarse con la distinción entre la propiedad formal y la propiedad “económica” o la titularidad formal y económica de unos determinados rendimientos¹⁷”. Así, es muy frecuente que se suela identificar la existencia de un beneficiario efectivo en todas aquellas situaciones en las cuales sea factible, desde las normas de Derecho Privado, diferenciar entre un propietario formal (*legal owner*) y un propietario económico o material (*beneficial owner*). Así ocurre, por ejemplo, en la figura del *trust*, en la que, junto con un *trustee* que tiene la propiedad formal de un bien con el cometido de administrarla en términos de fiducia y equidad, existe un beneficiario o *cestui que trust*¹⁸.

En cuanto al concepto de beneficiario efectivo, el MC OCDE, tras la reforma de 2003, da una definición negativa. En el artículo 1 del MC OCDE se dice que “no será considerado beneficiario efectivo de una renta quien, por las condiciones económicas de la operación, se limite a cobrar esa renta por cuenta de otro, sin obtener un beneficio tangible y con el propósito o el pretendido resultado de disfrutar de un CDI¹⁹. Por tanto, será beneficiario efectivo aquel que percibe

17 Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Cánones”. Op. Cit. Pág. 306.

18 .-Teniendo en cuenta la importancia que tiene en el Derecho norteamericano los *Restatement of American Law Institute*, creado en 1923 por un grupo de jurisconsultos y que consisten en resoluciones que declaran principios de Derecho tributario, la sección 66 del *Restatement of the Law of Trusts* exige para que un *trust* pueda ser realmente creado “que se nombre un beneficiario”.

19 DELGADO PACHECO, A., “El régimen de los cánones en la fiscalidad internacional. Cuestiones especialmente debatidas en España”. En: SERRANO ANTÓN, F., *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros. 2007. Pág. 755.

la renta sin la concurrencia de alguno de estos sujetos y, por tanto, tiene plena disponibilidad de lo percibido. Así, siguiendo a VOGEL, el beneficiario efectivo es aquél que es libre para decidir si el capital u otros activos deben ser usados o no, o hacer posible su uso por otros o sobre cómo deben usarse los rendimientos derivados de los mismos, o ambos²⁰.

Además, en la modificación del año 2003 se excluyeron del concepto de beneficiario efectivo “a las sociedades cuyos poderes en relación con una renta son tan estrechos que su posición es la de una sociedad de conducto (*conduit company*)²¹”, así como los *trustees* (“depositarios”, en la versión española). Estas sociedades son las que habitualmente sirven de cauce para actuaciones de abuso de convenio (*treaty shopping*), la forma de elusión más común en el Derecho Internacional. Ello permite defender que la naturaleza de la cláusula de beneficiario efectivo no es la de una medida antielusoria, sino la de una disposición de asignación de rentas o determinación del verdadero titular de las mismas, aunque en ocasiones el recurso a la aplicación del *beneficial owner* conlleve resultados antielusorios²².

En suma, constituye un factor objetivo de garantía para el Estado de la fuente, ya que, si se cumplen las condiciones para no considerar como beneficiario efectivo al perceptor de los cánones, se podrán denegar “los beneficios del Convenio

20 .- VOGEL, K., *On double taxation conventions. A commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital. With particular reference to German Treaty Practice*. London: Kluwer Law International. 1997. Págs. 562-563. Este autor sostiene, incluso, que para que una persona interpuesta pueda ser beneficiario efectivo de los dividendos recibidos, debe tenerse al menos un cierto poder de decisión sobre la gestión de los activos sociales o sobre la distribución de los beneficios.

21 MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva 2003/49/CE sobre la fiscalidad de los intereses y cánones”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: Wolters Kluwer – CISS. 2008. Pág. 961.

22 *Íbid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías”. Op. Cit. Pág. 676.

de Doble Imposición de que se trate sin tener que discutir con el Estado de residencia si existe o no un comportamiento calificable como fraude o evasión²³”.

6. La aplicación de la regla *arm's length* en el pago de cánones o regalías.

Los Convenios firmados por Panamá recogen la regla del MC OCDE, que en su artículo 12 relativo a los cánones incluye una referencia a los pagos de regalías entre entidades que no tienen la condición de independientes. Así, se prevé que, por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los cánones, habida cuenta del uso, derecho o información por los que se pagan, pueda exceder del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones. En tal caso, las citadas reglas de división de poder tributario sólo se aplicarán al importe convenido en condiciones de independencia. El exceso, es decir la cuantía que supera el pago en condiciones de *arm's length*, se sujetará a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante. Se trata de tener en cuenta, a la hora de fijar la tributación de las regalías, las reglas sobre precios de transferencia.

La fiscalidad de los precios de transferencia se fundamenta en el principio *arm's length* o principio de plena concurrencia y consiste, fundamentalmente, en que las operaciones realizadas por partes no independientes (vinculadas) se cuantifiquen fiscalmente a valores de mercado. En palabras de Rossana RODRIGUEZ, “la globalización de las operaciones comerciales conjuntamente con el surgimiento de grupos económicos generó la necesidad de establecer mecanismos

23 Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Artículo 12. La tributación de los cánones o regalías”. Op. Cit. Pág. 676.

que permitiesen verificar a la administración tributaria como a las propias empresas involucradas, que las transacciones comerciales intra-grupo fueron efectivamente realizadas a valor de mercado”²⁴. Es, por tanto, una regla inherente al régimen fiscal internacional de los grupos multinacionales.

En materia de intangibles, la gran cuestión sigue siendo como se determina el valor o precio adecuado en condiciones de independencia. Recordemos al respecto que en su Informe de julio de 1995, que actualizaba la Guía sobre Precios de Transferencia²⁵, la OCDE reconocía como ajustados al principio de independencia *at arm's length* los métodos denominados tradicionales, que determinan el importe del precio de transferencia basándose únicamente en la transacción (*transactional methods*). Estos métodos incluían, fundamentalmente, el método de precio de operaciones comparables entre empresas independientes (*comparable uncontrolled price method*)²⁶. A ello habría que añadir los métodos alternativos de último recurso, basados en la determinación del beneficio de la transacción (*transactional profit methods*), aplicables cuando no resulte posible la aplicación de los métodos anteriores)²⁷.

24 .- RODRIGUEZ, R., “Precios de transferencia. Referencia al régimen aplicable en el Perú”, *El tributo y su aplicación en el siglo XX*, Libro Homenaje 50 Aniversario ILADT, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, pag. 1003.

25 .-CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde las perspectiva de las directrices de la OCDE de julio de 1995”, *Carta Tributaria*, nº 245, 1996, pag. 3.

26 .- Esos métodos serían el método del coste incrementado, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes y el método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes.

27 .- Se trata de métodos que resultarían adecuados cuando, debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones, no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores. Se incluiría aquí el método de distribución del resultado de la operación (*profit split*), consistente en determinar cómo partes independientes hubiesen dividido el beneficio de una transacción comparable y el método

Pero, como decimos, el principal método fue siempre, el de *precio comparable de mercado*. Este método consiste en “comparar el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación vinculada, con el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación no vinculada *en circunstancias comparables*”. Habrá circunstancias comparables, cuando no existan diferencias que puedan influir en el precio, o bien, si existen, que las mismas puedan eliminarse mediante ajustes. Para determinar la existencia de un precio libre comparable habrá que llevar a cabo un análisis del bien o servicio, determinando si el mismo tiene o no un mercado propio. Habrá que efectuar un análisis funcional de inversiones y riesgos. Y un análisis de mercados, estrategias y condiciones contractuales, de manera que la clave para practicar esta valoración radica en la realización de un adecuado *análisis de comparabilidad*.

Análisis que siempre entraña dificultades, pues requieren acceder a datos de empresas, lo que ha llevado a una exacerbación de la importancia de las diversas bases de datos o *Masterfile*. Es quizás uno de los rasgos del proceso de erosión jurídica del régimen jurídico-positivo de los precios de transferencia: la practicabilidad de sus normas depende en última instancia de la adecuada aplicación técnica de bases informáticas.

El método del libre comparable es el método preferido por la OCDE, puesto que es el que mejor encarna el principio de libre competencia, aunque la propia organización internacional lleva años reconociendo sus dificultades,

denominado *TNMM* (*Transactional Net Margin Method*) del margen neto. Son métodos basados en el margen neto, que cuentan con indudables ventajas frente a los métodos tradicionales de *margen bruto*. Son menos sensible a las diferencias entre operaciones y, a diferencia de los de margen neto, no se ven influenciados por multitud de factores externos como las condiciones de comercialización del producto objeto de la operación.

especialmente a la hora de llevar a cabo las comparaciones²⁸. Lo que representa un gran problema, puesto que la existencia de comparables no siempre es factible, y en relación con los intangibles, resulta prácticamente imposible encontrarlos. Pensemos, por ejemplo, en la generación de un intangible (una patente por un principio activo en la industria farmacéutica) gestado por una sociedad del grupo para ser cedido a todas las demás filiales del mismo. Situaciones como esta impiden aplicar el método de libre comparable, dificultad que se ve acrecentada por las evidentes limitaciones de los demás métodos basados en el margen bruto de la transacción. Así, el método de coste incrementado sólo resulta indicado en actividades en las que el margen es fijo (por ejemplo, operaciones por comisionistas) o cuando se trata de productos semiterminados como los que son objeto de cadenas de montaje.

Podemos hablar de una crisis del método libre comparable propiciada por los intangibles, bienes de enorme valor en la economía de los grandes grupos multinacionales actuales y que suelen generarse en el seno del grupo (normalmente a través de un centro de innovación tecnológica) y cederse a todas las filiales. El instrumento jurídico para ello suelen ser los acuerdos suscritos por las sociedades del grupo interesadas donde existe un reparto de costes mediante aportaciones (*cost-sharing arrangements*), calculadas de acuerdo con unas reglas previstas en el propio acuerdo, que también suele incluir los costes de adhesión y retirada

28 .- De ahí, la necesidad de precisar y mejorar el método de comparación, y, de tener en cuenta las diferencias entre las empresas comparadas que puedan afectar al precio final – como el posicionamiento en el mercado y la eficiencia en general – para, de esta manera, practicar los ajustes correspondientes. Como consecuencia de ello, la posición de la OCDE puede ser calificada como de “compromiso”. Junto el método comparable, que preserva mejor que ningún otro la regla de la libre competencia, se abre la posibilidad de acudir a otros métodos, como el coste incrementado (*cost plus method*) o el precio de venta (*resale price method*), que deberían aplicarse de modo subsidiario y respetando la regla de la libre competencia. Junto a estos métodos que descansan en las transacciones, la OCDE ha introducido los métodos de distribución de beneficio (*profit split method*). Estos últimos son resultado del recurso a los métodos de distribución del beneficio, impulsado por Estados Unidos

de partícipes (*buy-in/ buy-out/payments*)²⁹. Y aunque en países como España, las reglas relativas a los acuerdos de reparto de costes constituyen reglas específicas que no interfieren en la aplicación de la regla *arm's length* no es así en el Derecho Comparado. En Estados Unidos las normas internas en materia de costos compartidos prevalecen sobre el principio *arm's length* desde la emblemática resolución *Xilinx, Inc. v. Commissioner* del Noveno Circuito de la Corte de los Estados Unidos, de 27 de mayo de 2009. De manera que la valoración de intangibles en el marco de los *cost-sharing arrangements* ha contribuido activamente a la crisis del libre comparable como criterio fundamental en la valoración de operaciones entre partes dependientes. Ello va a influir decisivamente en la aplicación del régimen *arms'length* en la cesión de intangibles entre partes no independientes residentes en Estados con los que Panamá tenga Convenios de Doble Imposición.

Es en la necesidad de superar este marco dónde hay que situar la revisión de la Guía de Precios de Transferencia de 2010, publicada el 22 de julio de ese año. Como principales novedades de la misma hay que incluir que los métodos de ganancia transaccional (*margen neto de la transacción* (*Transactional Net Margin Method*) y el método de división de ganancias (*Profit Split Method*) ya no son considerados métodos de último recurso. Sólo se mantiene la preferencia por el método de *precio comparable entre partes no controladas*, pero, en todo caso, se aplicará el método que, en cada caso, sirva mejor al objetivo de determinar el verdadero precio de mercado.

29 .- El Internal Revenue Service (IRS) define los *cost-sharing arrangements* como: *an agreement under which costs to develop intangibles are shared in proportion to reasonably anticipated benefits that each entity will reap.*

7. Cánones o regalías percibidas por establecimientos permanentes.

Los Convenios suscritos por Panamá (normalmente, en su artículo 12,4) prevén que las disposiciones expuestas con anterioridad referentes a la distribución del poder tributario y a la calificación de los *royalties* no son aplicables si el beneficiario efectivo de los cánones o regalías, residente de un Estado Contratante, realiza en el otro Estado Contratante, del que proceden los cánones o regalías, una actividad económica por medio de un establecimiento permanente.

Se trata de una transposición del contenido del MC OCDE. El Modelo incluye en su artículo 12,3 una regla especial relativa a las regalías que se obtienen por establecimientos permanentes. Se dice que las disposiciones en materia de regalías –en especial, las referentes al reparto del poder tributario – no son aplicables si el beneficiario efectivo de los cánones, residente de un Estado contratante, realiza en el Estado contratante del que proceden los cánones una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y el bien o el derecho por el que se pagan los cánones están vinculados efectivamente a dichos establecimiento permanente o base fija.

En suma, cuando las regalías se obtienen a través de un establecimiento permanente, son aplicables las disposiciones del artículo 7 del MC OCDE. Esto es, las regalías, por aplicación de la regla de la *fuerza atractiva limitada*, se imputan como un ingreso más, gravable dentro de las rentas del establecimiento permanente. Además, desde la supresión del artículo 14 del MC OCDE relativo a la renta derivada de servicios personales, en la versión del Convenio de 2000, estas reglas se aplican también a las rentas obtenidas por profesionales a través de una base fija de negocios en el otro Estado contratante.

8. Bibliografía

- RODRIGUEZ LOSADA, S., *El régimen jurídico-tributario de los rendimientos derivados de bienes intangibles (aspectos internacionales)* tesis doctoral, inédita.
- UCKMAR, V., “Los Tratados Internacionales en materia tributaria” en Curso de Derecho Tributario Internacional, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2003.
- VIRGOS SORIANO, M.-GARCIAMARTIN ALFEREZ, F.J., Derecho Procesal Civil Internacional, Civitas, Madrid, 2000.
- TIXIER, G.-GEST, G.; *Droit Fiscal International*, 2ª ed., Paris, PUF, 1990.
- VAN DER LAAT, S., “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas antiparaíso en la legislación española”, *Crónica Tributaria*, nº 93, 2000,
- LOVISOLO, A., “Evasione ed elusione fiscale nei rapporti internazionale”, *Diritto e Pratica Tributaria*, vol LVI, 1985.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A., “Cánones del software: interpretación en los Convenios de Doble Imposición”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 53, nº 267, 2003.
- SPRAGUE, G.D., “Proposed Regulations on computer software revenue characterization”, *Tax Management International Journal*, Vol. 26, No. 3, 1997.
- McASKILE, C.A., “The characterization of computer software: Canada, The United States and the OECD Model Tax Convention”, *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, Vol. 47, No. 6, 1999.

- LEONARD, B., BUSTOS BUIZA, J.A., MARTÍN BARRIOS, F., “Concepto de ‘canon’: pagos relacionados con software”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 218, 2008.
- BOSCH CAPDEVILA, E., *La prestación de servicios por deportistas profesionales*, Valencia:Tirant Lo Blanch, 2006.
- PLAZA DE DIEGO, M.A., *Fiscalidad del derecho a la propia imagen. Especial referencia a los deportistas comerciales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*, Madrid:, Tecnos,
- CAHN-SPEYER WELLS , P., “El Método De Imputación De Impuestos No Pagados (Tax Sparing) En Un Mundo Globalizado”, en *El Tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, T. I, Marcial Posns, 2008.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Cánones”. En: CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: Wolters Kluwer – CISS. 2008.
- DELGADO PACHECO, A., “El régimen de los cánones en la fiscalidad internacional. Cuestiones especialmente debatidas en España”. En: SERRANO ANTÓN, F., *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros. 2007.
- VOGEL, K., *On double taxation conventions. A commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital*.

With particular reference to German Treaty Practice.
London: Kluwer Law International. 1997.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva 2003/49/CE sobre la fiscalidad de los intereses y cánones”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: Wolters Kluwer – CISS. 2008. Pág. 961.

RODRIGUEZ, R., “Precios de transferencia. Referencia al régimen aplicable en el Perú”, *El tributo y su aplicación en el siglo XX*, Libro Homenaje 50 Aniversario ILADT, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde las perspectiva de las directrices de la OCDE de julio de 1995”, *Carta Tributaria*, nº 245, 1996.

EL ARTÍCULO 9.1 DEL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE.

FRANCISCO ALFREDO GARCÍA PRATS
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Valencia
Jean Monnet Chair 'EU Law and Taxation'

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL ARTÍCULO 9.1 DEL MCOCDE. EL AJUSTE PRIMARIO.
 - 2.1. Elementos integrantes del artículo 9.1 del MCOCDE.
 - 2.1.1. Definición de entidades asociadas.
 - 2.1.2. La diferencia del resultado respecto del resultado que hubieran obtenido dos empresas independientes causada por la asociación entre las empresas.
 - 2.1.3. Naturaleza del precepto. El alcance y sentido del ajuste primario.
 - 2.1.3.1. El artículo 9.1 del MCOCDE y la finalidad anti-elusoria de la normativa tributaria interna dictada bajo su amparo.
 - 2.2. La determinación del precio at arm's length que concreta el ajuste: métodos aplicables.
 - 2.2.1. Análisis de comparabilidad.
 - 2.2.2. Selección del método.
 - 2.2.3. Otros aspectos tratados por las Directrices de la OCDE bajo el prisma de los precios de transferencia entre empresas asociadas.

- 2.3. La jurisprudencia española.
- 3. EL AJUSTE CORRESPONDIENTE.
 - 3.1. Naturaleza del ajuste correspondiente.
 - 3.2. Mecanismos procedimentales internacionales para llevar a cabo el ajuste correspondiente: el procedimiento amistoso y su necesaria superación.
- 4. EL AJUSTE SECUNDARIO.

1. Introducción

La internacionalización de la economía ha provocado la aparición de numerosos grupos empresariales de carácter multinacional o transnacional a través de los cuales se desarrollan la mayoría de las relaciones comerciales y económicas transnacionales. Se calcula que más del 60 por 100 de dichas relaciones, según fuentes oficiales, se llevan a cabo entre entidades asociadas o vinculadas pertenecientes a un mismo grupo. Esta situación posibilita, cuando menos, la derivación de resultados de una jurisdicción a otra y, en última instancia, la reducción de la carga impositiva global de las actividades internacionales del grupo mediante una acertada política de precios intragrupo –precios de transferencia–.

Frente a dicha situación, la legislación de los diferentes países dispone de variados mecanismos de reacción para asegurar la correcta asignación de rentas correspondientes a su jurisdicción tributaria y que se vertebran en torno a la aplicación del principio *at arm's length*. El principio, asumido como criterio internacional tributario de asignación de rentas empresariales en la década de los veinte, surge como complemento necesario a la aplicación del principio de entidad separada que

se toma como base para la distribución internacional de competencias tributarias sobre las rentas empresariales ¹.

La discusión llevada a cabo en el seno de la Sociedad de Naciones se decantó por la aplicación del principio de empresa separada frente al sistema de reparto proporcional o de cifra relativa –métodos estos unitarios– como criterio para sujetar a gravamen las rentas empresariales de carácter transnacional obtenidas por los grupos multinacionales. Se tomaba de este modo a cada entidad perteneciente al grupo, jurídicamente considerada, como centro de imputación de rentas desde la perspectiva tributaria internacional, tomando como base para dicha imputación los resultados reflejados en su contabilidad separada.

Como fruto de esta concepción, el artículo 7.1 de los Modelos de Convenio –tanto de la OCDE como de la ONU ²– refleja como principio básico de distribución de competencias tributarias la tributación de las rentas empresariales en el Estado de residencia de la entidad. Asimismo, el artículo 8 de los Modelos, relativo a las empresas de navegación marítima y aérea, reproduce el mismo principio, concretado en el Estado donde la empresa posee su centro de dirección efectiva o matizado en ocasiones con la referencia al Estado de donde la empresa sea nacional. Como manifestación última de dicho criterio, el artículo 7.2 de los Modelos asume, *mutatis mutandis*, la «ficción» del establecimiento permanente como empresa separada en sus relaciones internas

1 *Vid.* al respecto Jones, R.C. [1933], *Taxation of Foreign and National Enterprises. Allocation Accounting for the Taxable Income of Industrial Enterprises*, vol. V, Sociedad de Naciones, Ginebra, Doc. C.425(C).M.217(C).

2 A efectos expositivos utilizamos la referencia a los artículos del Modelo de Convenio fiscal sobre la renta y sobre el patrimonio, adoptado en el seno de la OCDE, así como a los del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional entre países desarrollados y países en desarrollo de la ONU, en lugar de la referencia a los CDI firmados por nuestro país, con la finalidad de simplificar las referencias y realizar una exposición general que afecte a la totalidad de los convenios firmados por nuestro país. Únicamente cuando los CDI difieren del contenido de los modelos de convenio se hace constar de forma expresa.

con la casa central, lo que lo equipara a las demás entidades como centro de imputación de rentas desde la perspectiva tributaria internacional.

El complemento al principio de empresa separada se encuentra regulado en el artículo 9 del Modelo de Convenio, donde se recoge la prevalencia del principio *at arm's length*. Mediante dicho principio se faculta a las legislaciones de los Estados miembros para que mediante la corrección oportuna de los resultados declarados por la empresa se asignen a cada jurisdicción estatal los rendimientos y beneficios que hubieran correspondido de haber actuado con partes independientes con las que no existiera asociación o vinculación. Por su parte, y por lo que respecta a la delimitación de la trascendencia de las relaciones internas entre el establecimiento permanente y la casa central, o con otros establecimientos permanentes, el artículo 7.2 del Modelo establece, junto con la ficción de empresa separada, la ficción de empresa independiente.

Con base en dicha autorización, la legislación tributaria de muchos Estados ha experimentado un fuerte desarrollo en los últimos años, en los que la posibilidad de reconsiderar los rendimientos, beneficios o valores atribuibles a las operaciones entre entidades asociadas ha sido vista como una potencial fuente de recursos tributarios adicionales por una parte; y por otra, como un mecanismo necesario para hacer frente a las posibles deslocalizaciones de rendimientos y rentas que se llevan a cabo en el seno de los grupos multinacionales como consecuencia de una adecuada política de precios de transferencia. Así, por citar la normativa pionera más desarrollada, la sección 482 del *Internal Revenue Code* de los Estados Unidos, cuya propuesta de modificación presentada en 1993 y finalmente aprobada en 1996 generó un importante debate internacional y el desarrollo de pautas para la formación de un consenso internacional

en la materia; la sección 1 del *Aussensteuergesetz* en Alemania ampliada en 2007, o el artículo 8(3) del Código sobre Imposición a las Sociedades en relación con la distribución oculta de beneficios o el decreto ley sobre reestructuraciones empresariales aprobado en 2008; los artículos 57 y 238-A del *Code Général des Impôts* en Francia; en el Reino Unido, la Part 4 de la *Taxation (International and other Provisions) Act* 2010 (en acrónimo TIOPA 2010), que sustituye a la Schedule 28AA de la Income and Corporation Taxes Act de 1988. En España, la Ley 36/2006 de 29 de noviembre configuró, de nuevo, el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades relativo al tratamiento de las *operaciones vinculadas*, incorporando gran parte de la tendencia de las normas tributarias en derecho comparado y asumiendo la práctica totalidad de los presupuestos que derivan del *consenso internacional* expresado en las Directrices sobre precios de transferencia aprobadas por la OCDE que, como veremos, constituye un elemento interpretativo de indudable relevancia para la correcta aplicación del artículo 9 de los Convenios de doble imposición. En Panamá, la legislación tributaria interna incorporó mecanismos para corrección de los precios de transferencia en 2010, mediante la Ley número 33 de 30 de junio de 2010, Gaceta Oficial 26.566-A de 30 de junio de 2010, ajustándose así a los parámetros asumidos internacionales al albur de lo dispuesto en las Directrices de la OCDE³. El presente capítulo sin embargo, analiza las implicaciones, exigencias, efectos, limitaciones y condicionantes que pueden derivar de la práctica convencional para la correcta aplicación de la normativa interna sobre la materia y no incide en el análisis detallado de las exigencias de la normativa tributaria interna sobre la materia.

Este fortalecimiento normativo de la capacidad normativa o administrativa para reasignar los rendimientos, bene-

3 Ocando, L.E.; López, G.; Edelman, G. “2012 Year in Review (Panama)” Tax Notes International 20 December 2010, p. 961.

ficios o valores derivados de las operaciones entre entidades asociadas se ha visto reforzado, asimismo, con la aparición de obligaciones complementarias de documentación, información y valoración, generando con ello un importante incremento de la carga fiscal indirecta por un lado, y por otro un importante foco de litigiosidad entre los contribuyentes y las Administraciones fiscales y entre las Administraciones fiscales entre sí, abriendo la puerta a la generación de situaciones de doble imposición internacional y a la necesidad de buscar mecanismos más eficientes y efectivos de resolución de los conflictos tributarios a nivel internacional.

A diferencia de otros preceptos contenidos en los modelos de convenio, el artículo 9 del Modelo de Convenio no contiene regla alguna sobre distribución de la competencia tributaria entre los Estados contratantes. Por el contrario, la finalidad de dicho precepto consiste básicamente en autorizar a los Estados contratantes para restaurar la correcta asignación de rentas de carácter transnacional por transacciones efectuadas entre entidades localizadas en los dos Estados contratantes. En consecuencia, el artículo 9 del Modelo de Convenio constituye la base normativa convencional desde la que se articula el ejercicio de las funciones tributarias administrativas, así como la utilización de otros mecanismos legales y normativos al objeto de asegurar la correcta asignación de rendimientos de acuerdo con el principio que inspira dicha asignación a nivel tributario internacional, esto es, el principio *at arm's length*. Por tanto, y sin perjuicio de un posterior análisis más detallado, el artículo 9 no presume ni se limita a los supuestos en los que existe una voluntad defraudatoria o un ánimo elusorio; el ajuste permitido por el artículo 9 del MCOCDE se basa en el descubrimiento de una situación meramente objetiva, la localización en el territorio del Estado que practica el ajuste de un beneficio mayor al declarado, teniendo en cuenta el

beneficio que le correspondería por la aplicación del principio *at arm's length*.

El precepto recoge, pues, el criterio complementario con el que se pretende concretar el modelo de tributación internacional de las entidades que operan en un ámbito multinacional, en especial de las que forman parte de un grupo multinacional. Tras reconocer la tributación de cada entidad de dicho grupo de forma separada –principio de la tributación en el Estado de residencia y principio del establecimiento permanente–, desechando en consecuencia el modelo de tributación unitaria, se arbitra el reconocimiento de facultades a los Estados contratantes para proceder a la modificación de los mecanismos previstos para determinar la tributación separada correspondiente –normalmente la contabilidad separada–, conforme al principio que inspira en última instancia la formulación de este modelo de tributación separada, el principio de determinación de rentas *at arm's length*.

El principio *at arm's length* ha sido traducido en nuestra literatura jurídica como el «principio de plena concurrencia»⁴. *Su fundamento reside en la idea de someter a gravamen las rentas originadas en virtud de las actividades y funciones desempeñadas por la entidad integrante del grupo localizada en el territorio de aplicación de dicho principio. La expresión de origen norteamericano sugiere la idea de independencia –ausencia de control– entre dos entidades para la fijación de las condiciones empresariales y comerciales, en la medida en que sólo en estas condiciones se asegura la correcta asignación del resultado de la operación entre las jurisdicciones afectadas.*

Se parte, por tanto, de la conveniencia y posibilidad de ajustar los precios de transferencia fijados entre las entida-

4 Otras traducciones se refieren a las «condiciones normales de mercado», a la «plena competencia» o a la «total independencia de las partes».

des asociadas como mecanismo que asegure esa asignación correcta de resultados a efectos de determinar el ejercicio de la competencia tributaria correspondiente a cada una de las jurisdicciones tributarias afectadas. La realización de dichos ajustes presupone la existencia de mecanismos de valoración que determinen el grado de corrección de la asignación de los resultados respectivos de las entidades actuantes. La referencia a los precios fijados entre partes independientes lleva en la mayoría de las ocasiones a establecer de forma necesaria el valor de mercado de estas relaciones económicas transnacionales.

Precisamente en la fijación de dichos mecanismos de determinación de los precios de transferencia reside uno de los problemas actuales de mayor relevancia en el ámbito de la tributación de las rentas empresariales y de carácter transnacional en general. La transformación de la realidad económica debido a su internacionalización provoca que en muchas de las transacciones económicas internacionales resulte difícil establecer y encontrar un valor de mercado comparable sobre cuya base efectuar el ajuste previsto en la normativa. La superación de una economía de bienes materiales por una economía presidida por los bienes inmateriales, la prestación de servicios y la transferencia de conocimientos lleva, en muchas ocasiones, a determinar la fijación del valor del producto ofrecido por la ausencia de comparable o por la inexistencia de producto competidor en el mercado. Esta situación originó un importante cambio normativo y de perspectiva en la legislación norteamericana en primer lugar y, por efecto dominó, la necesidad de abordar la cuestión en sede de organismos internacionales con la intención de lograr un consenso internacional sobre la aplicación del principio at arm's length y de su alcance; cuando no, por efecto reacción, ha ejercido una importante presión sobre el resto de Estados de países desarrollados y en desarrollo para que adecuaran sus legislaciones tributarias internas a las po-

sibilidades de actuación y regularización tributaria de las rentas obtenidas por operaciones económicas realizadas entre entidades asociadas con un pretendido amparo en las reglas formuladas en el artículo 9 del Modelo de Convenio. En el fondo de dicho debate y evolución late la pervivencia de mecanismos de valoración, respetuosos con el principio *at arm's length*, basados en la fijación del valor de mercado sobre una base transaccional, operación-por-operación, o bien su superación por mecanismos de fijación que tengan en cuenta el resultado de las operaciones o que partan de la distribución del beneficio obtenido.

El debate, sin embargo, no puede darse por terminado y continúa vigente en los foros internacionales. La OCDE, tras la aprobación de las Directrices sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias en 1995, ha llevado a cabo actualizaciones y modificaciones de las mismas en 1996, 1997, 1999 y 2008. Las últimas llevadas a cabo tras los acuerdos del Comité de Asuntos Fiscales de 22 de Junio de 2010 y de 22 de Julio de 2010 incorporan un nuevo capítulo IX sobre los aspectos de precios de transferencia de las reestructuraciones empresariales, y modifican los capítulos anteriores y los anexos, incidiendo fundamentalmente sobre los criterios de comparabilidad y profundizando en los métodos aplicables de determinación y concreción del criterio *at arm's length*.

La ONU, por su parte, a través de su Sección de Cooperación Tributaria Internacional de la Oficina de Financiación al Desarrollo, está asumiendo un importante papel en la consecución del consenso internacional en el desarrollo aplicativo del principio *at arm's length*. Tras la aprobación de la actualización del Modelo de Convenio de la ONU en 2011, la Sección está preparando un Manual Práctico de Precios de Transferencia para países en desarrollo que está previsto hacer público en los próximos meses. El Manual,

asumiendo la validez de la aplicación del standard at arm's length como punto de partida, y rechazando la aplicación de criterios de reparto proporcional, pretende adecuar los postulados desarrollados en el seno de la OCDE a los intereses específicos de los países en desarrollo y a su capacidad administrativa y de verificación.

Ello pone de manifiesto que, estando de acuerdo sobre la formulación inicial y básica del principio, la discusión se centra en los mecanismos de concreción, la metodología utilizable, los parámetros de referencia válidos, las obligaciones que resultan para los obligados tributarios y la administración tributaria del cumplimiento y verificación de dicha normativa sobre las que existen todavía importantes disparidades de criterio, disfunciones y divergencias en cuanto a su comprensión, asunción y aplicación entre los diferentes países de la comunidad internacional.

Desde la perspectiva europea, la reestructuración de los diferentes sectores empresariales para adecuarse a las exigencias del mercado único, así como la posible incidencia de la moneda única en la fijación de precios europeos como criterio de política empresarial de algunos grupos multinacionales demuestran la vigencia del debate en el ámbito europeo, así como también la necesidad de adecuar los mecanismos de fijación de los precios de transferencia utilizados por las empresas y los mecanismos utilizados por las Administraciones en la realización de sus correcciones y ajustes. Asimismo, el reconocimiento de la insuficiente labor de coordinación entre las normativas tributarias de los Estados miembros sobre precios de transferencia, a pesar del consenso internacional alcanzado tras la aprobación de las Directrices por parte de la OCDE en 1995, y de las posibles consecuencias negativas y perversas para los intercambios económicos intracomunitarios, ha llevado a la creación de un órgano singular para la elaboración de propuestas de

actuación sin valor normativo alguno pero con una eficacia práctica indudable en su proyección posterior sobre la normativa interna de los Estados miembros: el Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia.

Un segundo punto de actualidad se centra en el reforzamiento de los mecanismos de actuación de los poderes públicos tributarios por parte de la normativa interna de la mayoría de los países desarrollados, así como una mayor dedicación –en medios teóricos, humanos y técnicos– al análisis de este aspecto de las relaciones económicas internacionales y de su trascendencia jurídica.

El reforzamiento de la posición administrativa en materia de corrección de precios de transferencia pone al descubierto una de las graves carencias de la regulación contenida en el modelo de convenio –y en la práctica totalidad de CDI– en materia de tributación de las empresas asociadas; en concreto, la insuficiente regulación de los mecanismos previstos para la restauración del principio *at arm's length* una vez producido el ajuste primario en una jurisdicción tributaria determinada. Ante la ausencia de vinculación por parte de las autoridades del otro Estado contratante, la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas puede originar, *per se*, y a pesar de la aplicación del CDI, una situación de doble imposición o de multigravamen para las entidades asociadas como consecuencia de la existencia de relaciones intragrupo. En definitiva, nos encontramos con una legislación que evoluciona para reforzar la posición y la capacidad de actuación de las Administraciones tributarias, recelosas de que, mediante el mecanismo de la fijación de precios de transferencia, las empresas multinacionales que lleven a cabo operaciones transnacionales puedan erosionar la base tributaria nacional, pero que desconoce la posición a la que se desplaza a las entidades asociadas –aumento de los costes tributarios indirectos, riesgo evidente

de doble imposición, etc.–. Sólo mediante recursos previstos de forma unilateral –*v. gr.* acuerdos sobre precios de transferencia– y, en consecuencia, de alcance desigual, o bien de carácter multilateral –*v. gr.* Convenio 90/436/CEE, o propuestas elaboradas en el seno del Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia– se han arbitrado mecanismos de resolución del conflicto –e incertidumbre– ante los que deben enfrentarse las empresas multinacionales, sin que esta nueva situación haya influido en la reconsideración de los mecanismos arbitrados y previstos por el modelo de convenio.

La posibilidad de ajustar los resultados puestos de manifiesto por las empresas al principio *at arm's length* da lugar a una multiplicidad de ajustes que reciben una denominación variada. Así, los ajustes realizados pueden clasificarse desde la perspectiva de la entidad que soporta el ajuste o desde la perspectiva tributaria internacional del Estado afectado y el sentido del ajuste. Desde la primera perspectiva, debemos referirnos a los ajustes unilaterales o bilaterales –multilaterales– en función del número de personas o entidades afectadas por la realización del ajuste.

Desde la perspectiva tributaria internacional, el análisis de la literatura existente pone de manifiesto la diferente denominación que reciben los distintos ajustes realizados por los diferentes países ⁵. A efectos expositivos y con una finalidad simplificadora, otorgaremos a la nomenclatura que reseñamos a continuación el siguiente contenido:

- Ajuste primario. Es el ajuste que realizan las autoridades administrativas de un determinado Estado de acuerdo con su normativa interna para adecuar la situación tributaria de las entidades afectadas a

⁵ Vid. por todos Kergal, Y., «Transferencia de activos dentro y fuera de una jurisdicción fiscal», CDFI, vol. LXXIa, Nueva York, IFA, *Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices*, CDFI, vol. LXXVIIa.

sus principios, o al principio *at arm's length* en virtud de lo dispuesto en los CDI.

- Ajuste correspondiente. Es el ajuste que debe practicarse para compensar los efectos provocados por el ajuste primario realizado por el primer Estado contratante y solucionar, de este modo, los problemas de doble imposición que surgen como consecuencia de la práctica exclusiva del ajuste primario, o bien para restaurar la vigencia del criterio *at arm's length* cuando dicho ajuste primario se ha excedido respecto a las exigencias del referido criterio. Por tanto puede realizarlo cualquiera de los Estados contratantes cuando la aplicación de su normativa interna excede de los límites impuestos por el artículo 9 del Convenio. Los comentarios al modelo de convenio también denominan a este ajuste, ajuste correlativo.
- Ajuste secundario. Es el que resulta conveniente practicar para que se produzca el restablecimiento de la situación en condiciones de libre mercado a juicio de la normativa tributaria interna de alguno de los Estados implicados, e implica normalmente una recharacterización de los fondos o rentas trasvasados entre las personas asociadas, así como la aplicación de las consecuencias jurídico-tributarias a ese trasvase de rentas materialmente producido o a la diferencia existente entre las rentas sometidas a gravamen y los flujos económicos realizados.

Panamá, tras iniciar su política tributaria favorable a la firma de Convenios de doble imposición ha firmado hasta la fecha Convenios con México, Catar, Barbados, Portugal, Países Bajos, Luxemburgo, España, Corea del Sur, Estados Unidos y Singapur. También ha negociado Convenios con Italia, Bélgica, Francia e Irlanda e iniciado negociaciones

con Chequia. Los epígrafes que siguen analizan el significado, contenido y alcance del artículo 9 del Modelo de Convenio, su plasmación en los CDI firmados por Panamá y sus posibles divergencias, su relación con la normativa interna, así como, de forma breve, los mecanismos y procedimientos previstos para la realización del ajuste primario y del ajuste correspondiente.

2. El artículo 9.1 del MCOCDE. El ajuste primario

El artículo 9.1 del MCOCDE de 1992 dispone que:

«Cuando

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

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia.»

La dicción de dicho precepto no ha sufrido modificaciones a lo largo de la evolución sufrida por el MCOCDE, conservándose idéntica desde la aprobación del Proyecto de Convenio de la OCDE de 1963. Respecto de dicho texto original, el único cambio derivado de la actualización de 1977 se refiere a la incorporación de un nuevo párrafo al artículo –art. 9.2– que será objeto de comentario en un epígrafe posterior. Las modificaciones sufridas, desde que el modelo de convenio ha asumido un formato actualizable, se refieren a los comentarios al modelo de convenio, destacando la llevada a cabo en 1997 mediante la que se incorporaron como comentario a dicho artículo las Guías sobre Precios de Transferencia aprobadas por la OCDE en 1995 ⁶ y que desde entonces han sido completadas con nuevos informes, llevándose a cabo su última actualización en 2010. Por lo que se refiere al MCONU, el artículo 9.1 reproduce el texto del MCOCDE de 1977, más las incorporaciones efectuadas en la actualización de 2001, corroboradas en la actualización de 2011.

Por lo que respecta a los CDI firmados por Panamá, la mayoría de ellos sigue el formato contenido en el Modelo de Convenio de la OCDE de 1977 que todavía permanece vigente. Todos los Convenios firmados por Panamá hasta la fecha contienen el artículo 9.2, con ligeras variantes, y ninguno de ellos asume la especialidad prevista en el artículo 9.3 del MCONU. Esas variantes se refieren básicamente a la concreción de los presupuestos de aplicación del ajuste correspondiente previsto en el artículo 9.2, considerando muchos Convenios dicho ajuste como una posibilidad como resultado del procedimiento amistoso –podrá– (Convenios con Portugal, Corea del Sur, Luxemburgo, Catar o Países Bajos). El Convenio con Singapur, por su parte va más allá y establece el compromiso de las autoridades fiscales com-

6 Párrafo 1 de los Comentarios al artículo 9 del MCOCDE, tras la actualización llevada a cabo en 1997.

petentes de consultarse con carácter previo al ajuste correspondiente, aunque de ello tampoco se deriva el carácter obligatorio y necesario de dicho ajuste.

El Convenio con los Países Bajos incorpora la singularidad más relevante de los Convenios panameños frente al Modelo de Convenio de la OCDE. En su párrafo 1, el artículo 9 indica que “se entiende, sin embargo, que el hecho de que las empresas asociadas hayan celebrado acuerdos, tales como acuerdos de reparto de costes o acuerdos de servicios generales, sobre la base de la asignación de gastos ejecutivos, o generales de administración, gastos técnicos y comerciales, gastos de investigación y desarrollo y otras similares gastos, no es en sí una condición como se define en la frase anterior”.

2.1 Elementos integrantes del artículo 9.1 DEL MCOCDE

La doctrina que ha analizado el artículo 9 del MCOCDE ha indicado que su alcance y objetivos son difíciles de concretar, encontrándose sujetos a un importante número de incertidumbres⁷. A pesar de ello, la labor desarrollada por la OCDE en los últimos años sobre la materia permite despejar, de forma progresiva, dichas incertidumbres, no sólo a nivel convencional, sino como instrumento de indudable trascendencia para la interpretación y aplicación de la normativa tributaria interna. Las Directrices de la OCDE no sólo forman parte de los Comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio⁸, si no que deben tenerse en cuenta, asimismo, como criterios interpretativos de la normativa tributaria interna de referencia, tal como asume el Informe del

7 Baker, P. [1994]; *Double Taxation Agreements and International Tax Law*, Sweet & Maxwell, 2.^a ed., Londres, pág. 211.

8 *Id.* informes de la OCDE sobre la materia, además de las guías citadas publicadas en 1995. OCDE [1979], «Transfer pricing and multinational enterprises», París. OCDE [1984], «Prix de transfert et entreprises multinationales», París.

Gobierno de la República de Panamá sobre el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para la promoción de la cooperación internacional en cuestiones de tributación, en virtud de la resolución 2010/33 del 23 de julio de 2010 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Es de esperar que la jurisprudencia y la práctica administrativa perfilen de forma progresiva el alcance y exigencias de la normativa y sus implicaciones sobre la política de precios de transferencia de las empresas asociadas.

Del análisis del artículo 9.1 del MCOCDE, reiterado, como hemos manifestado, en la totalidad de los CDI firmados por Panamá se infieren una serie de elementos cuyo análisis determina el alcance, naturaleza y significado de dicho precepto frente a la normativa interna.

De un análisis del artículo 9.1 del MCOCDE se desprende que los elementos a analizar son los siguientes:

- a) El elemento definidor de la condición de entidad asociada. Este elemento viene definido por la existencia de participación directa o indirecta en la dirección, control o capital. Esta condición se cumple de dos modos: bien en casos de participación de una sobre otra (empresa matriz y filial) o bien por participación de ambas por otra empresa (empresas hermanas).
- b) La consideración de la participación o condición de entidades asociadas como *causa* de la obtención de un menor beneficio al diferir las condiciones impositivas o aceptadas por ellas de las que se puedan establecer entre empresas independientes. De este elemento se infiere tanto un requisito para poder realizar el ajuste como una condición definidora del sentido y límite del ajuste. A su vez, este elemento

permite establecer los criterios a utilizar para poder determinar el alcance del ajuste.

- c) Naturaleza del precepto y sentido del ajuste. Del análisis del artículo 9.1 debe inferirse cuál es la naturaleza de dicho precepto y a partir de dicha naturaleza perfilar los efectos del artículo sobre la aplicación de la normativa interna, estableciendo el sentido del límite impuesto por el convenio a la normativa interna.

2.1.1. Definición de entidades asociadas

La definición de entidades asociadas se realiza de forma amplia por referencia a la participación directa o indirecta de una empresa en la dirección, control o capital de otra empresa. Dicha participación no se concreta en la expresión de un determinado porcentaje de votos o de participación en el capital social, sino que se define de forma ambigua y genérica. El artículo 9 del MCOCDE y de los Convenios fiscales limita su aplicación a las rentas obtenidas por las operaciones realizadas entre empresas asociadas, por lo que tanto la condición de asociación como la condición de empresa interesan en la fijación del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 9.

Por lo que se refiere al *concepto de empresa*, el MCOCDE ha incorporado una definición que antes no se incluía –de hecho, la mayoría de Convenios firmados por España siguen sin incorporarla–. La definición se contiene en el artículo 3.1 c), según la cual «el término empresa se aplica a la realización de cualquier actividad económica». Por su parte, el artículo 3.1 h) del Modelo indica que «la expresión actividad económica incluye la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente».

La adición de dichas definiciones a la tradicional de «empresa de un Estado contratante» viene a suplir la eliminación del artículo 14 del Modelo de Convenio y aclara la inclusión de las rentas y situaciones previamente cubiertas por el artículo 14 del Modelo de Convenio por los actuales artículos 7 –y 5– del Modelo de Convenio. Los comentarios aclaran, no obstante, que la determinación del concepto de empresa corresponde a la legislación interna de cada Estado contratante (párr. 4 de los Comentarios al art. 3.1); aunque, en cualquier caso, la realización de una actividad independiente debe ser considerada a los efectos del convenio tras la inclusión de dicha definición expresa. A estos efectos, debe considerarse como relevante la definición de «actividad económica» que se desprenda de la remisión a la normativa tributaria interna de los Estados contratantes.

Por otra parte, el Comentario al MCOCDE tampoco aporta mayores concreciones en relación con el significado del elemento asociativo. Como única aclaración, especifica que las «sociedades matrices y sus filiales, y sociedades sometidas a control común» (párr. 1 de los Comentarios al art. 9.1 MCOCDE) se consideran entidades asociadas en el sentido del artículo 9.1 del Modelo de Convenio.

De este modo, y en virtud de lo que dispone el artículo 3.2 del Modelo de Convenio, es necesaria la referencia a la legislación tributaria interna del país que interpreta el Convenio, que será la que concrete el sentido de la expresión «participación en la dirección, control o capital de otra empresa»⁹. Bien entendido que dicha remisión sólo resultará válida para concretar aquellas empresas para las que se entiende que existe una participación en la dirección, control o capital de una sobre otra o de una tercera sobre las afectadas, pero no para extender más allá de los supuestos

⁹ El país más prolífico en esta materia ha sido Estados Unidos al concretar el sentido de dicha expresión jurisprudencialmente.

de relaciones *entre* empresas la corrección valorativa que encuentra su habilitación en el artículo 9 del Modelo de Convenio. Dicha remisión puede originar una diferente concreción de las personas o entidades que pueden sufrir una modificación de las rentas que les resulten imputables en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del MCOCDE en los diferentes Estados, sobre todo porque la mayoría de la doctrina acepta una remisión directa a la normativa tributaria interna de los Estados contratantes que regula los precios de transferencia para concretar el ámbito de aplicación del artículo 9 ¹⁰.

Desde la perspectiva convencional debe analizarse, sin embargo, si estas posibilidades de práctica del ajuste previstas en la legislación interna quedan cubiertas por la dicción del artículo 9 del Modelo de Convenio.

A priori, el artículo 9 resulta aplicable únicamente a las empresas de alguno de los Estados contratantes ¹¹; empresa de un Estado contratante que, de acuerdo con el artículo 3.1 c) del Modelo de Convenio, significa «una empresa explotada por un residente de un Estado contratante». En consecuencia, los ajustes efectuados en el ámbito de las actividades económicas del sujeto pasivo quedan plenamente incluidos y condicionados por la aplicación del artículo 9 del Modelo de Convenio. En cambio, los ajustes imperativos realizados por el sujeto pasivo como consecuencia de la aplicación de la norma imperativa de valoración no encuentran acomodo en los términos en los que se redacta dicho

10 El Convenio 90/436/CEE, en su artículo 4, sigue el mismo criterio definidor de las entidades asociadas, aun incluyendo las relaciones internas producidas entre el establecimiento permanente y su casa central situada en otro Estado firmante del convenio.

11 Sobre el significado de dicha expresión *vid.* Van Raad, K. [1994], «The Term Enterprise in the Model Double Taxation Conventions-Seventy Years of Confusion», *Intertax*, núm. 11/94, pág. 491 y ss.

artículo ¹². Y ello porque a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas residentes, con las personas físicas residentes la calificación de las rentas obtenidas permite excluirlas de su consideración como rentas empresariales.

Ante esta situación cabe plantearse si la dicción del artículo 9 del Modelo de Convenio afecta o condiciona de alguna forma la aplicación de la normativa tributaria interna española y, en tal caso, cuál es el sentido de dicho límite a la acción tributaria del ordenamiento español.

La solución a dicha cuestión depende de la naturaleza y virtualidad que se otorgue al artículo 9 del Modelo de Convenio, cuestión que se analizará en un epígrafe posterior. Sin perjuicio de dicha discusión, puede adelantarse lo que sigue.

Desde una primera perspectiva, presuponiendo la naturaleza habilitadora de la norma contenida en el Convenio –art. 9–, cabría entender que, en ausencia de dicha habilitación, la normativa interna que vulnerara o contrariara la misma no podría ser aplicada. Cabe la posibilidad de incorporar matizaciones a la afirmación anterior, en el supuesto en que se alegue y constate la naturaleza antievasiva o antiabuso de la norma tributaria interna que establece la norma de valoración imperativa, y su aplicación quede salvaguardada por lo previsto en el CDI.

Desde una segunda perspectiva, cabría entender que la legislación interna no se ve limitada por exigencia alguna derivada de la aplicación del convenio, por lo que la normativa interna se aplicará como si el convenio no hubiera entrado en vigor. Toma en cuenta esta postura el hecho del especial

12 Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de una persona física residente en España que cede la propiedad intangible –una fórmula química– a una sociedad totalmente controlada por la persona física con residencia en un país con convenio, a cambio del pago de un canon anual que, tras la oportuna comprobación, se reputa inferior al valor de mercado del mismo.

tratamiento que reciben en los CDI los sujetos residentes en el Estado que aplica el CDI por parte de dicho Estado. De acuerdo con esta posición, el convenio deja prácticamente inalterada la competencia de los Estados miembros para aplicar sobre sus propios residentes su normativa interna, comprometiéndose, no obstante, a aplicar las medidas previstas en el CDI en los términos allí indicados.

Desde esta perspectiva, se vendría a limitar el presupuesto habilitador que se predica del artículo 9 del Modelo de Convenio, en la medida en que sólo se predicaría la habilitación respecto de las rentas empresariales y no en relación con el resto de rentas asociadas obtenidas por los sujetos residentes personas físicas, que no necesitarían habilitación alguna. Resulta difícil aceptar esta postura si se pretende otorgar algún carácter condicionante o habilitador de la normativa interna al convenio ¹³. De este modo, el artículo 9 del Modelo de Convenio vendría a instaurar únicamente la exigencia del respeto del principio de libre concurrencia o *at arm's length* en la aplicación de cualquier normativa interna que permitiera la modificación del resultado obtenido por los contribuyentes de la imposición sobre la renta.

Con relación a la aplicación del artículo sobre entidades asociadas a las personas y entidades no residentes, en este supuesto debemos partir de la distinción, fundamental, entre aquellas personas o entidades no residentes que operen en territorio del otro Estado contratante mediante establecimiento permanente y aquellas otras personas o entidades que operen en dicho territorio sin mediación de establecimiento permanente. Tanto la legislación interna de muchos

13 Resulta difícil considerar la cuestión como un simple olvido del autor del Modelo de Convenio, puesto que, en cambio, sí regula determinados efectos que deben preverse cuando las rentas sean obtenidas por sujetos no residentes, a pesar de no derivar de relaciones empresariales. *Vid.* al respecto los artículos 11.6 y 12.4 del Modelo de Convenio.

países como los CDI arbitran una regulación y unas consecuencias jurídicas distintas.

Los CDI, siguiendo al modelo de convenio, optan por determinar las consecuencias jurídico-tributarias de las relaciones internas entre establecimiento permanente –del otro Estado contratante– y casa central mediante la aplicación del artículo 7 que, junto con el principio de empresa separada e independiente, incluye determinadas limitaciones y condicionantes referidas a la deducibilidad de gastos en su párrafo tercero.

La legislación interna española, por ejemplo, es respetuosa con los criterios establecidos en el modelo de convenio; así, por una parte, limita la posibilidad de deducir determinados gastos derivados de las relaciones internas; por otra parte, condiciona la posibilidad de deducir una parte de los gastos generales de administración; y, finalmente, establece determinadas normas imperativas de valoración cuando las relaciones internas entre establecimiento permanente y casa central supongan un ingreso para el establecimiento –art. 16.2 TRLIS–. Debe recordarse, no obstante, que parte de los efectos jurídicos de dichas relaciones internas que afectan al establecimiento permanente todavía se encuentran reguladas en el ámbito del TRLIS, en el artículo 17, donde aparecen una serie de normas imperativas de valoración, en consonancia con la obligación impuesta por el artículo 7.2 del Modelo de Convenio ¹⁴.

Debe tenerse en cuenta que dichas reglas resultan aplicables tanto a las relaciones internas entre establecimientos permanentes con la casa central como a las relaciones entre un establecimiento permanente y una entidad asocia-

14 Para un estudio más detallado de la cuestión *vid.* García Prats, F.A., *El establecimiento permanente*, ed. Tecnos, ob. cit., pág. 272 y ss. También García Prats, F.A. [1996], «Problemas planteados por la configuración del establecimiento permanente como empresa separada de la casa matriz», Institute for International Research, Madrid.

da de la empresa que posee el establecimiento permanente. Sin embargo, a nivel convencional, estas últimas relaciones quedan afectadas por la aplicación del artículo 9 del Modelo de Convenio, mientras que las primeras se ven influenciadas por las exigencias del artículo 7.

Por lo que se refiere al resto de personas y entidades no residentes, la ausencia de presupuesto habilitador en la normativa interna impediría, a priori, realizar un ajuste primario que afectara a una entidad no residente por las rentas obtenidas en nuestro territorio sin mediación de establecimiento permanente ¹⁵. Desde la doctrina española se ha intentado apuntar el criterio de especialidad –*lex specialis*– para permitir en España la aplicación del artículo 16 del TRLIS a las entidades y personas no residentes en nuestro país ¹⁶. No obsta a esta conclusión el hecho de que la definición de los supuestos de vinculación se contenga en una norma que afecta a las entidades residentes. Debe tenerse en cuenta que la definición de dichos supuestos se realiza, de forma genérica, por referencia a la relación existente entre las sociedades y sus socios u otras personas, sin prejuzgar ni calificar a las mismas en su condición de residentes o de no residentes ¹⁷.

Además, a pesar de no contenerse referencia alguna a la aplicación de las normas de valoración sobre operaciones vinculadas, las mismas pueden –y deben– resultar aplicables a los sujetos y entidades no residentes que operan en

15 Por ejemplo, cuando una sociedad residente paga a una entidad no residente una cantidad menor de la que corresponde conforme a su valoración a precios de mercado, la normativa interna española no encontraría presupuesto habilitador para que la Administración tributaria realizara un ajuste.

16 Martín Jiménez, A. [1999], *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, Civitas, pág. 323, también considera aplicable dichas normas al ámbito del IRNR acudiendo al criterio de especialidad –*lex specialis*–.

17 Sólo cuando el TRLIS opta por calificar a las sociedades por su condición de residencia fiscal debe entenderse restringido el supuesto de vinculación, como ocurre en los supuestos previstos en los apartados j) y k) del artículo 16.2.

nuestro territorio sin mediación de establecimiento permanente. Dicha aplicación se producía en virtud de las remisiones producidas en la legislación del IRNR. En efecto, el artículo 24 del TRLIRNR establece que «la base imponible correspondiente a los rendimientos que los contribuyentes por este impuesto obtengan sin establecimiento permanente estará constituida por su importe íntegro, determinado de acuerdo con las normas del Real Decreto Legislativo 3/2004, del IRPF...».

Desde la perspectiva convencional, debe concluirse que el artículo 9 del Modelo de Convenio también permite la aplicación de los ajustes o mecanismos reconocidos en la legislación interna a los sujetos y entidades residentes en el otro Estado contratante¹⁸. En efecto, del enunciado del artículo 9 del Modelo se infiere la posibilidad de ajustar «los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones», sin calificar a esas empresas por su condición de residentes o de no residentes. En consecuencia, el artículo 9 permite que la modificación se realice tanto sobre los resultados de la entidad residente en un Estado contratante como sobre los de la entidad residente en el otro Estado contratante y, en consecuencia, sobre la entidad no residente en el Estado que realiza o practica el ajuste.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicha posibilidad de realizar el ajuste debe entenderse condicionada por la aplicación del resto de preceptos del convenio. A este respecto, dichos preceptos establecen un efecto distinto en función de que el ajuste que se practica sobre el sujeto no residente sea negativo –la cantidad obtenida excede de la que normalmente se habría convenido en condiciones nor-

18 Vogel, K. [1997], *On Double Taxation Conventions*, 3.^a ed., Kluwer, pág. 517; en cambio, se pronuncia en sentido contrario al estimar que el artículo 9 se refiere a la posibilidad de ajustar los beneficios de las empresas residentes.

males de mercado– o positivo –la cantidad obtenida es menor de la que normalmente se habría convenido en condiciones normales de mercado–.

En el primer caso, tanto el artículo 11.6 como el artículo 12.4 del Modelo de Convenio reconsideran la limitación establecida sobre el Estado de la fuente, permitiendo a dicho Estado que aplique su normativa interna sobre el exceso, aun teniendo en cuenta las restantes disposiciones del convenio.

En el segundo caso, en virtud de los límites y condicionantes que aparecen en el resto de preceptos del convenio, en especial sobre los residentes del otro Estado contratante, la posibilidad de efectuar un ajuste puede verse reducida cuando no anulada. Por mencionar sólo algún ejemplo, el modelo de convenio sólo permite la aplicación de una tributación limitada sobre los intereses pagados a un residente del otro Estado contratante, por lo que difícilmente podrá exigirse una retención sobre la cantidad ajustada ¹⁹.

2.1.2. La diferencia del resultado respecto del resultado que hubieran obtenido dos empresas independientes causada por la asociación entre las empresas

De acuerdo con lo que dispone el artículo 9 del Modelo de Convenio, para realizar el ajuste no es suficiente con que exista relación de vinculación o asociación entre las dos entidades que realizan la operación; por el contrario, la diferencia apreciada entre el importe de las operaciones efectuadas y el que hubieran pactado empresas independientes debe estar causada en la existencia de dicha situación de asociación.

¹⁹ Vogel, ob. cit., pág. 731, estima que el pago de los intereses constituye un requisito para que el Estado de la fuente pueda ejercer su jurisdicción aún limitada.

Ello implica que determinadas variaciones en el establecimiento del precio de las operaciones respecto de su valor de mercado pueden quedar fuera del alcance de la Administración tributaria para la práctica del ajuste. Pensemos, por ejemplo, en el establecimiento de precios –fijados entre entidades asociadas– diferentes de los de mercado con la finalidad de introducir los productos de la multinacional en un determinado mercado, en la medida en que ésta resultara una estrategia aceptada incluso para las empresas independientes. El hecho de que las relaciones con otros clientes –terceros, en general– estuvieran presididas por el mismo criterio podría resultar relevante para impedir la práctica del ajuste²⁰. Téngase en cuenta que esta exigencia no se contiene en la normativa interna española, pero resulta exigible de la aplicación del artículo 9 del Modelo de Convenio si quiere otorgársele algún valor jurídico a dicho precepto.

2.1.3. Naturaleza del precepto. El alcance y sentido del ajuste primario

Bajo la genérica denominación «naturaleza limitativa» de los CDI se esconden una interesante variedad de preceptos que provocan un efecto diferente en su integración con la normativa tributaria interna de los Estados contratantes. Sólo descubriendo la verdadera naturaleza del precepto puede concluirse su incidencia y efectos sobre la normativa interna.

20 Un ejemplo de lo dicho lo constituye el caso americano *RT French vs. Commissioner* 60 TC 836 [1973]. En el mismo, el Tribunal denegó la posibilidad de realizar ajuste entre el precio pactado por el pago de un canon entre dos compañías asociadas aunque se hubiera rebajado respecto a periodos anteriores: «There was no reason to believe that an unrelated party in MPP's position would have permitted petitioner to avoid its contractual obligations at any time before the expiration date of the 1946 and 1960 agreements...». En su fallo, el Tribunal tuvo en cuenta que el otro acuerdo realizado con una entidad no asociada resultó tan favorable para el otro cliente como lo fue para la empresa asociada que debía satisfacer el canon.

La mayoría de las reglas contenidas en el CDI contienen criterios de distribución o delimitación de la competencia tributaria, atendiendo a la naturaleza o calificación de la renta obtenida.

No es ésta, sin embargo, la naturaleza predicable del artículo 9 del Modelo de Convenio. El artículo 9 no se refiere a ningún tipo de rentas en concreto, sino a la modulación de las facultades de los Estados miembros para modificar el resultado declarado por las empresas de los Estados contratantes –entendida esta expresión en sentido subjetivo²¹–. En consecuencia, no estamos ante una norma de delimitación de la competencia tributaria de los Estados contratantes, sino ante una norma de asignación y reconocimiento del ejercicio de determinadas facultades o potestades por parte de dichos Estados. En concreto, y de un examen literal, se desprende que el artículo 9 del Modelo de Convenio permite (con las limitaciones que en él aparecen) a las autoridades de alguno de los Estados contratantes, la realización de un ajuste sobre la contabilidad de las empresas cuando por las condiciones especiales de dependencia se hayan establecido mecanismos pactados o impuestos que hayan modificado el resultado correcto que debiera corresponder a cada empresa de actuar de forma independiente –sin vinculación–.

En el análisis del precepto, Vogel estima que el artículo 9.1 únicamente admite la realización o práctica de los ajustes o modificaciones al resultado declarado por las empresas. Es más, a juicio del autor, el artículo supone una autorización o habilitación para que, incluso vigente el convenio, el Estado contratante pueda realizar los ajustes que estime convenientes de acuerdo con el criterio *at arm's length* que deriven de su legislación interna²². Quiere significarse con

21 *Vid.* Van Raad, K., *Intertax*, 11/94, ob. cit., pág. 493 y ss. y su referencia al significado de empresa en el artículo 9 del Modelo de Convenio.

22 Vogel, ob. cit., pág. 521.

ello que, vigente el convenio, se requiere la existencia de dicha habilitación para que la normativa interna sobre operaciones vinculadas pueda aplicarse sin vulneración de los preceptos contenidos en el convenio.

Ello no supone, sin embargo, que la existencia de dicho precepto en un CDI habilite, sin más, al Estado contratante para que pueda realizar el ajuste. Por el contrario, el Convenio sólo reconoce o habilita para la práctica de dichos ajustes, en la medida, «y sólo en la medida», en que en la legislación interna del Estado contratante se encuentre la base legal o normativa para la realización de dicho ajuste. En otros términos, el Convenio en ningún caso constituye la base legal para la realización de dichos ajustes, puesto que el reconocimiento de dichas facultades y los condicionantes, requisitos y efectos deben contenerse en la normativa interna. Una solución similar cabe extraer en relación a la fijación de la relevancia tributaria –interna y convencional– de las relaciones internas entre un establecimiento permanente y su casa central u otros establecimientos permanentes situados en el otro Estado contratante. A pesar de que pueda alcanzarse una conclusión diferente en torno a la naturaleza jurídica de los preceptos contenidos en el artículo 9.1 –habilitante– y 7.2 –imperativa– del Modelo de Convenio, el detalle con el que pretende articularse dicha norma imperativa a través de los Comentarios al Modelo de Convenio o mediante un informe asociado a los mismos resulta de difícil imbricación en los sistemas de formación tributaria imperantes en muchos países, cuando no resultan equívocos por la variedad de soluciones o consecuencias previstas en los comentarios e informes para los diferentes presupuestos analizados.

Por tanto, atendiendo a los efectos enumerados en el artículo 9.1 del Modelo de Convenio, cabe concluir que las autoridades administrativas tributarias de un país –o la pro-

pia normativa interna– pueden realizar –o exigir– los ajustes previstos en esa normativa hasta el límite derivado del convenio o respetando las condiciones previstas en el CDI en el artículo 9.1 del Modelo.

Por lo demás, el artículo 9.1 del MCOCDE no condiciona la aplicación de los mecanismos previstos por la normativa interna para la realización del ajuste; tanto por lo que se refiere a las normas procedimentales como por lo relativo al mecanismo utilizado para llevar a cabo el mismo: establecimiento de presunciones, de inversiones en la carga de la prueba, de ficciones, de normas valorativas, exigencia de información adicional, etc.

De un análisis de los Comentarios al artículo 9 se infiere que los Estados contratantes pueden utilizar cualquier mecanismo legal o procedimental para la práctica del ajuste.

Si bien es cierto que el contexto internacional se ha visto influenciado por los trabajos llevados a cabo en ambos foros internacionales, no es menos cierto que la evolución sufrida por la normativa tributaria interna sobre precios de transferencia sigue siendo dispar y con líneas de actuación diversa, en atención a los diferentes puntos de interés de cada Estado. Por otra parte, pone de manifiesto cómo bajo el paraguas del artículo 9.1 cabe un amplio margen de actuaciones de contexto distinto, puesto que el artículo 9.1 permite el desarrollo de importantes posibilidades de actuación de la normativa tributaria interna en atención a su naturaleza habilitante y al reconocimiento por consenso internacional de la posibilidad y necesidad de corregir los precios de transferencia entre entidades asociadas ajustándolos al principio *at arm's length*.

Únicamente cuando el otro Estado contratante considere que la práctica de este Estado no resulta conforme al

artículo 9.1 podrá abordarse dicha situación mediante la iniciación del correspondiente procedimiento amistoso y la realización del ajuste correspondiente por parte del primer Estado, de donde se infiere que, en tanto en cuanto no se entiendan vulneradas las exigencias de dicho artículo, cabe la aplicación de cualquier técnica jurídica que concrete el ajuste y su sentido ²³.

De forma paralela, debe considerarse cuál es el sentido de la modificación permitida. De acuerdo con la mayoría de la doctrina, el artículo 9.1 no contiene ningún criterio de distribución de la competencia tributaria internacional, sino que se destina a establecer una regla de asignación de rentas entre los Estados contratantes conforme a un determinado criterio *–at arm's length–*. Dicha regla de asignación se fundamenta en el respeto de la correcta asignación de rentas conforme al principio de libre concurrencia, evitando que los movimientos controlados (ajenos a la libre competencia) impidan un falseamiento de la recta asignación de dichas rentas conforme al criterio de distribución presidido por el principio de empresa separada. Ello motiva que no sólo el artículo 9.1 recoja dichos postulados, sino también *–y de forma imperativa en aquel caso* ²⁴– el artículo 7.2 al obligar a valorar las relaciones internas cubiertas por el mencionado apartado *–las generadoras de beneficios al establecimiento–* como si se tratara de empresas no sólo separadas, sino también independientes ²⁵. Los recientes estudios elaborados por la OCDE han desarrollado el en-

23 *Vid.* al respecto el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 9.1 del MCOCDE.

24 *Vid.* García Prats, F.A. [1996], pág. 331 y ss.

25 En España, en cambio, a la luz del antiguo artículo 16.1 del TRLIS y del actual 16.1.2º TRLIS, puede señalarse que la regulación de la valoración de las operaciones vinculadas responde a un mecanismo *–atribución de potestades a la Administración para realizar una valoración distinta de determinadas operaciones–* para hacer frente a situaciones de elusión fiscal potencial: bien porque con los precios establecidos *–contabilizados–* en las operaciones vinculadas se consigue una tributación menor en nuestro país *–por parte de la totalidad de las entidades vinculadas–* o bien un diferimiento de la imposición *–mediante la utilización de los precios de transferencia pactados entre las entidades vinculadas–*.

tendimiento y el consenso internacional sobre el significado e implicaciones del artículo 7.2 y el principio de empresa separada e independiente aplicado a las relaciones entre establecimiento permanente y casa central.

Esta posibilidad de ajuste no se vincula, por tanto, a la comisión de una actuación ilícita, fraudulenta o evasiva por parte de las empresas asociadas o de alguna de ellas, aunque no por ello estas últimas situaciones dejan de quedar afectadas por la aplicación de dicho ajuste ²⁶.

A la vista de lo expuesto, cabe preguntar cuál es la incidencia del artículo 9.1 del Modelo de Convenio sobre la legislación interna. Algún autor estima que en la medida en que no contiene ninguna regla de determinación de rentas de carácter supranacional no restringe los preceptos internos sobre determinación de rentas ²⁷. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen una serie de circunstancias que limitan o cuando menos condicionan la aplicación de la normativa interna. En efecto, como indica Vogel, sólo si los ajustes internos realizados conforme a la legislación interna se acomodan a los principios establecidos en el artículo 9.1 pueden entenderse como válidos y ajustados al Convenio.

De este modo, se exige que:

26 Muestra de ello lo constituye el hecho de que el MCONU, en la propuesta de actualización presentada en 1999, pretendía la incorporación de un nuevo párrafo en el que se prevé expresamente el origen del ajuste como consecuencia de una actuación fraudulenta o ilícita. La sección 482 del IRC americano, en su redacción original de 1968, lo establecía de forma clara:

«Allocation of income and deductions among taxpayers.

In any case of two or more organizations, trades, or business (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary or his delegate may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.»

27 Weber, citado por Vogel, ob. cit., pág. 521.

- a) El ajuste afecte a alguno de los supuestos previstos en el artículo 9.1 de asociación entre empresas –lo cual plantea la cuestión ya comentada de si los ajustes practicados a las relaciones entre o con particulares o entidades que no tengan la consideración convencional de empresa se encuentran amparados por el convenio o son contrarios al mismo–. Como indica Vogel, la referencia a «cuando una empresa...» debe entenderse con el significado «sólo cuando una empresa...»²⁸.
- b) Se respete el principio *at arm's length* por parte del mecanismo previsto por la normativa interna para realizar el ajuste o adecuación. Probablemente sea ésta la manifestación expresa de que este principio puede derivar en una limitación hacia la aplicación de la normativa interna, concretada fundamentalmente en los últimos años en la discusión en torno a la adecuación de las normas sobre subcapitalización a los CDI, así como en relación con la admisibilidad de determinados métodos específicos en atención a las exigencias de aquel principio²⁹.
- c) Los métodos utilizados para la determinación o realización de dicho ajuste respeten los criterios internacionalmente admitidos para la determinación del valor de libre concurrencia de las operaciones realizadas entre empresas asociadas.

28 Cit., pág. 521.

29 En la medida en que constituye materia de otro de los capítulos del libro se remite a lo allí expuesto. Con carácter general *vid.* Sanz Gadea, E. [2000], «La subcapitalización», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 206/2000, CEF, págs. 3-49; Palao Taboada, C. [1999], «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión», en *RTT*, núm. 46/99; Calderón Carrero, J.M. [1996], «Spanish Thin Capitalisation in light of the non-discrimination principle: its compatibility with Double Tax Treaties and EC Law», en *Intertax*, núms. 8-9/1996.

Con ello quiere significarse, como indica Vogel, que el artículo 9.1 permite el gravamen –mediante la realización del ajuste correspondiente– de aquellos beneficios que habrían sido obtenidos de mediar condiciones de independencia entre las empresas, pero sólo aquellos beneficios, de forma que el ajuste no puede realizarse por cantidad superior.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la limitación derivada del convenio respecto de la normativa tributaria interna en ocasiones es ciertamente débil, e incluso queda neutralizada por la propia voluntad del convenio.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las restricciones sólo afectan a los impuestos cubiertos o amparados por el ámbito de aplicación del convenio, de forma que quedan fuera de sus exigencias esquemas de distribución de la competencia tributaria internacional que ciertamente suponen un planteamiento contradictorio con las exigencias derivadas del mantenimiento de la asignación de las rentas tributarias internacionales conforme al principio *at arm's length* –v. gr. los sistemas de tributación unitaria (*unitary taxation*) aplicados en algún Estado federal de los Estados Unidos–.

La garantía frente a la vulneración de los límites derivados del artículo 9.1 sobre la normativa interna se concreta en la posibilidad de practicar un ajuste correspondiente por parte del Estado que aplicó el ajuste primario, tal como reconocen los Comentarios al artículo 9.1 del Modelo de Convenio –párr. 4–. De acuerdo con esta posibilidad, cuando una empresa del otro Estado contratante entienda que el ajuste practicado en el primer Estado vulnera las exigencias del criterio *at arm's length* y las condiciones impuestas por el artículo 9.1 puede solicitar al otro Estado contratante la iniciación de un procedimiento amistoso de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Modelo de Convenio. Sin embargo, únicamente cuando este procedimiento termine de

forma satisfactoria se rectificará el ajuste primario por parte del primer Estado contratante, lo que sin duda priva de un importante grado de incidencia y efectividad a las limitaciones que se infieren del artículo 9.1 del MCOCDE.

2.1.3.1. *El artículo 9.1 del MCOCDE y la finalidad antielusoria de la normativa tributaria interna dictada bajo su amparo*

A pesar de que el artículo 9.1 del Modelo de Convenio refleja la aspiración de una asignación equitativa internacional de las rentas generadas a consecuencia de las transacciones existentes entre empresas asociadas, su naturaleza habilitante ha dado paso al reforzamiento de la posición de la Administración tributaria ante la posible utilización de los precios de transferencia por parte de las empresas asociadas para deslocalizar parte de sus beneficios imponibles fuera de la jurisdicción. Las técnicas empleadas son variadas, pero suponen, en última instancia, un constante incremento de los costes indirectos que repercuten sobre aquellas empresas que quieren evitar el riesgo fiscal que supone la actuación de dichas normas tributarias. La norma española actual prevé en este sentido una doble técnica: por un lado, obliga a la valoración imperativa de las operaciones vinculadas a valor de mercado y, en segundo lugar, habilita a la Administración tributaria para que regularice la valoración otorgada por el contribuyente en el caso en que éste no se ajuste a lo que la Administración tributaria entiende como valor de mercado.

En este orden de consideraciones, el ajuste primario – unilateral – tiene como finalidad principal la corrección de los resultados manifestados por las empresas sometidas a gravamen en el Estado que pretende practicar dicho ajuste cuando ello suponga el afloramiento de beneficios o una

mayor base imponible ³⁰ no declarada o reflejada en la contabilidad de las entidades afectadas. Éste debe ser el sentido que resulta atribuible a la expresión «los beneficios que habrían sido obtenidos (...) podrán incluirse en los beneficios de esa empresa» que aparece en el artículo 9.1 del Modelo de Convenio. En definitiva, a pesar de la ausencia de naturaleza antielusoria de la norma, la misma intenta proteger el interés fiscal de cada uno de los Estados contratantes, reconociéndoles la facultad de restaurar las bases tributarias de las entidades afectadas, reasignando al alza –y nunca a la baja, a pesar de que ésta pueda ser la exigencia del criterio *at arm's length*– las rentas –o menores pérdidas– integrantes de las mismas.

En definitiva, debe ponerse de manifiesto que la realización de los ajustes para adecuar la contabilidad de las entidades asociadas depende de la existencia y articulación de medidas coherentes y completas en la normativa tributaria interna que puede ser aplicada, en la mayoría de las ocasiones, en toda su extensión, sin perjuicio de posibles quejas de los otros Estados contratantes o de las empresas afectadas, aunque la ausencia de efecto vinculante y la no obligación de finalizar el procedimiento amistoso de forma satisfactoria dejan irresuelta la exigencia de adecuación de la actuación estatal –al realizar el ajuste primario– a los dictados del criterio *at arm's length*.

En consecuencia, la ausencia de mecanismos procedimentales adecuados para el mantenimiento de las exigencias derivadas del principio *at arm's length* en el articulado del convenio puede provocar una quiebra del fundamento en que se sustenta dicho principio y, en consecuencia, convertirse en un mecanismo que no proporciona convencionalmente garantías suficientes para hacer frente a sus

30 Consecuencia de una reducción de las pérdidas o gastos o un aumento de los ingresos computables.

exigencias, en la medida en que el modelo de convenio prevé únicamente la defensa de los intereses de los Estados contratantes, quedando en segundo plano el respeto que la vigencia del criterio *at arm's length* debiera proporcionar a los contribuyentes. Sobre esta cuestión volveremos al analizar el sentido y efectos del ajuste correlativo previsto en el artículo 9.2 del Modelo de Convenio.

2.2. La determinación del precio *at arm's length* que concreta el ajuste: métodos APLICABLES

La concreción del significado del precio *at arm's length* –o precio de libre concurrencia en terminología española– se infiere del propio artículo 9.1. El precio de libre concurrencia que se utiliza como criterio de referencia para realizar el ajuste por parte de la Administración tributaria se extrae de la propia dicción de dicho artículo. El precio –o beneficio– *at arm's length* o de libre concurrencia es aquel que sería acordado –u obtenido– por empresas independientes en la medida en que no se encuentran unidas en sus relaciones comerciales o financieras por condiciones especiales de asociación.

Éste es el criterio fundamental –máximo límite– que debe respetarse cuando los Estados contratantes intenten aplicar su normativa interna para corregir el resultado –beneficios o ingresos– obtenido por las empresas que intervienen o realizan operaciones en sus países o fuera de los mismos. La concreción del método aplicable y de los mecanismos, pruebas, criterios, documentos y vías que pongan de manifiesto su adecuación depende, en última instancia, del concreto ordenamiento tributario en el que se integre el principio *at arm's length*, atendiendo a sus particulares exigencias constitucionales, legales y de capacidad administrativa, así como a la voluntad política del legislador y de la Administración en su verificación.

Sin embargo, no debe olvidarse que la habilitación del artículo 9.1 no se limita a las potestades reconocidas a la Administración por parte del artículo 9.1, sino, como decíamos anteriormente, a todos los mecanismos recogidos en la ley que suponen una modificación, alteración o fijación de los resultados contables de las sociedades a efectos de la determinación de su base imponible o incluso de su cuota. Así, las normas sobre subcapitalización, o incluso las normas sobre transparencia fiscal internacional, o los mecanismos de recharacterización o recalificación, como el previsto en el artículo 16.8 TRLIS, en la medida en que constituyen mecanismos legales normativos para evitar la traslación de beneficios de un Estado a otro Estado, deben ser analizadas desde la perspectiva de dicho artículo 9 cuando exista un convenio aplicable, sin perjuicio de que a alguna de estas medidas específicas pueda resultarle aplicable alguna previsión específica normalmente contenida en los protocolos a dichos convenios. En la medida en que los problemas de la subcapitalización han sido tratados de forma expresa en otra parte de la obra no se tratan aquí de forma específica.

El mayor problema de la fijación de dicho límite a la realización del ajuste a la contabilidad reside en la concreción de los mecanismos que permitan encontrar su expresión numérica, o dicho en otros términos, la determinación de los métodos que pueden emplearse para concretar dicho significado.

La OCDE ha dedicado gran parte de sus esfuerzos a concretar estos mecanismos desde su primer informe sobre precios de transferencia en 1979 ³¹, así como en las guías elaboradas a partir de 1995 ³². Aunque sin duda ha sido Estados Unidos el que ha desarrollado en mayor medida

31 *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, París, 1979.

32 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París, 1995.

mecanismos que concretan dicho criterio *at arm's length* en los precios de transferencia entre entidades asociadas, mecanismos que han creado una importante polémica por generar resultados cuya adecuación a los principios del MCOODE distaban de ser asumidos por los restantes Estados miembros.

El debate se originó tras las modificaciones normativas propuestas en Estados Unidos a la sección 482 del IRC, tras verificar la Administración norteamericana la dificultad de encontrar transacciones comparables de bienes intangibles, la inadecuación de los métodos regulados y la litigiosidad existente en esta materia. Para ello, en 1986 se incorporó un nuevo párrafo que exigía que el montante pagado en relación con la transacción de un bien intangible fuera proporcional a los ingresos imputables a ese bien. La reforma fue seguida del denominado *White Paper* de 1988 que desarrollaba dos métodos que concretaban la reforma de 1986. Los métodos propuestos –el BALRM, *basic arm's length return method* y el que propiciaba la división de beneficios– encontraron serias críticas y un rechazo generalizado en el resto de países de la OCDE en la medida en que se consideraba que se vulneraba el principio de plena concurrencia, se generaban riesgos de doble imposición y se perjudicaba a las empresas con tasas de rentabilidad alejadas de la media del sector ³³. Ello motivó la sustitución de los antiguos por nuevos métodos alternativos –el método de las transacciones concordantes (*matching transaction method*), el método de las transacciones comparables ajustables (*comparable adjustable transaction method*) y el método de los beneficios comparables (*comparable adjustable benefit method*)–, así como la puesta en práctica de la norma de proporcionalidad a los ingresos (*commensurate with income*), que implica la posibilidad de revisar la valoración de la transacción cuando los beneficios obtenidos superen

33 OCDE [1993]; «Los aspectos fiscales de los precios de transferencia aplicados en el seno de las empresas multinacionales. Las proposiciones reglamentarias americanas», París.

los previsible en el momento de la fijación del ajuste inicial³⁴. Aun así, perseveraron las críticas de la OCDE, por entender que el principio de plena concurrencia podría ponerse en peligro al tomar como comparables transacciones realizadas en Estados Unidos para aplicarlas a empresas que actuaban normalmente en otros mercados, así como por otorgar un papel preponderante al método del beneficio comparable. Una reacción similar ha tenido la propuesta alemana de atribución de rentas como consecuencia de la transferencia de funciones entre entidades asociadas, y que ha encontrado plasmación en el consenso alcanzado –entre los miembros de la OCDE– con la incorporación de un nuevo capítulo IX a las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia en julio de 2010.

El problema se centra fundamentalmente en el hallazgo y determinación de métodos que tengan alguna utilidad, relevancia o posibilidad de utilización cuando las transacciones entre operaciones vinculadas se refieran a servicios, transferencias de tecnología, transacciones circulares –fundamentalmente prestación de servicios, cesiones de intangibles, bienes inmateriales y operaciones financieras– para los que no existe un precio comparable o, ni tan siquiera, un mercado propiamente dicho.

La cuestión no aparece regulada en el modelo de convenio ni en los comentarios al MCOCDE, aunque sí se conforma en las Guías de la OCDE sobre Precios de Transferencia, que desde la actualización del modelo de convenio llevada a cabo en 1997 forman parte de los propios comentarios al MCOCDE y tendrán la misma virtualidad que dichos comentarios a la hora de interpretar y aplicar los CDI³⁵. La

34 Para un resumen del proceso puede verse Cavestany Manzanedo, M.A., «Los ajustes fiscales sobre los precios de transferencia de los bienes intangibles: los Estados Unidos frente a la OCDE», en *Carta Tributaria*, núm. 184

35 Debe tenerse en cuenta que el TEAC, en su Resolución de 10 de septiembre de 1986, ya se había remitido a los informes de la OCDE –el de 1979– para determinar los métodos que

actualización llevada a cabo en 2010 reformula los capítulos I a III de las Directrices, (a) reforzando los fundamentos teóricos sobre los que se basa el análisis de comparabilidad, elemento esencial en la determinación del correcto valor at arm's length, y (b) reformulando la gradación entre los distintos métodos válidos para su determinación. Sin embargo, la modificación de las Directrices puede generar cierta inseguridad en torno a la determinación de sus efectos, sobre todo en relación a su posible aplicación en regularizaciones que versen sobre ejercicios pasados o la vinculación de todas las Administraciones tributarias afectadas en la verificación del nuevo proceso ³⁶. Con todo, es de esperar que las novedades que incorpora el nuevo enfoque autorizado de la OCDE tenga un impacto significativo en la aplicación de los análisis sobre las políticas de precios de transferencia tanto por parte de las Administraciones tributarias como por parte de los contribuyentes afectados.

2.2.1. Análisis de comparabilidad.

En primer lugar, la correcta determinación del valor at arm's length tiene su base teórica en la realización de un correcto análisis de comparabilidad. El análisis de comparabilidad venía referido inicialmente a la aplicación de los denominados métodos tradicionales de determinación del valor de mercado. La comparabilidad resultaba fundamental en el análisis pues la validez del resultado depende del rigor que se exija en los criterios de comparabilidad que deben ser utilizados para encontrar dicho valor de mercado. Tras la actualización de 2010, los fundamentos de la comparabilidad se extienden para cubrir no sólo la aplicación de los

concretaban el precio de mercado en operaciones vinculadas, aunque el supuesto en el que se aplicaba el precio de mercado era una situación puramente interna.

36 Verlinden, I et alii. "OECD Publishes Revised Guidelines on Transfer Pricing, Accommodating 15 Years of Juggling the Arm's Length Principle in a Globalizing Business World" 17 IBFD Transfer Pricing Journal. 2010 núm 5. Oosterhoff, D. Wingerter, B. "The New OECD Guidelines. The Good, the Bad and the Ugly" 18 IBFD Transfer Pricing Journal . 2011 núm 2.

métodos tradicionales, sino también para precisar la validez de los datos externos a la entidad asociada afectados utilizados en la verificación del correcto valor at arm's length.

El análisis de comparabilidad parte de la naturaleza transaccional de la valoración. La aplicación del criterio at arm's length excluye la posibilidad de utilizar métodos de reparto global fraccionado de resultados y exige una verificación de las condiciones en las que las entidades asociadas llevan a cabo sus transacciones. Asimismo, las Directrices reconocen que la verificación del valor at arm's length implica aceptar un rango de valores dentro del cual debe aceptarse la validez del valor finalmente determinado por la entidad asociada, sin que en dicho caso resulte posible la corrección valorativa practicada por la Administración tributaria.

El nuevo consenso sobre la comparabilidad asume la necesidad de tener en cuenta de forma específica el concreto análisis de los hechos y circunstancias en que se encuentran las entidades asociadas como base para llevar a cabo el análisis de comparabilidad, lo que implica desautorizar análisis basados en búsquedas genéricas y estandarizadas –tanto por parte de los obligados tributarios como por parte de la Administración–, a partir de criterios genéricos o sobre datos extraídos de bases de datos con una base comparativa reducida y poco significativa.

La metodología sugerida establece en líneas generales un proceso en el que deben tenerse en cuenta las siguientes etapas o fases:

- a) Verificación de los factores que ponen de manifiesto la comparabilidad. El análisis de comparabilidad exige examinar ambos términos de la comparación: la transacción realizada entre las entidades asociadas y aquella que se identifica como *potencialmente comparable*, sea interna –llevada a cabo por la en-

tividad asociada con partes independientes-, o externa –llevada a cabo entre terceras partes independientes. Para ello se requiere con carácter previo el análisis de la transacción realizada entre entidades asociadas y los factores que determinan la comparabilidad. Dichos factores aparecen enumerados en el párrafo 1.36 de las Directrices, y se concretan y desarrollan en los párrafos siguientes de las Directrices: (a) la cantidad de los bienes transmitidos, su naturaleza, su comercialización en mercados similares, la fase del ciclo de producción o distribución, o la identidad de los productos; (b) las funciones llevadas a cabo por las partes, considerando los activos utilizados por ambas partes y los riesgos respectivos; (c) los términos contractuales bajo los que se desarrolla la transacción; (d) las circunstancias económicas en las que se encuentran las partes en la transacción; y (e), finalmente, las estrategias empresariales perseguidas por las partes. El nivel de precisión en la verificación de cada uno de estos factores determinará o sugerirá la necesidad de realizar ajustes al resultado obtenido .

- b) En el proceso por el que se desarrolla el análisis de comparabilidad, pueden considerarse relevantes las siguientes fases:
 - a. Determinación de los años a los que afecta el análisis;
 - b. Análisis genérico de las circunstancias del obligado tributario;
 - c. Comprensión de las transacciones controladas analizadas, a partir de un análisis funcional de las mismas que permita identificar la entidad vinculada que debe ser analizada –tested par-

- ty-, los indicadores relevantes para ser analizados y los factores comparables que resulten relevantes;
- d. Revisión de la existencia de posibles comparables internos;
 - e. Determinación de las fuentes de información disponibles sobre comparables externos en el caso de que se consideren necesarios para el desarrollo del proceso;
 - f. Selección del método de determinación del valor de mercado más apropiado a partir de los indicadores relevantes determinados con carácter previo;
 - g. Identificación de los comparables potenciales,
- c) Como mecanismo que permita verificar un enfoque consistente, metódico y que permita establecer la congruencia del proceso que ha llevado a determinar la validez del valor *at arm's length* finalmente seleccionado, partiendo del análisis de comparabilidad y terminando, de forma inexorable, en la selección del método más adecuado, la identificación de los comparables potenciales y la validez del resultado en atención a las circunstancias de la transacción entre las entidades asociadas.

2.2.2. Selección del método.

En segundo lugar, la correcta determinación del valor *at arm's length* exige la correcta selección del método aplicable. Varias son las consideraciones que cabe efectuar al respecto.

Por un lado, los métodos que se consideran aceptados por parte de la OCDE. Las Directrices siguen considerando como válidos los cinco métodos aceptados con anterioridad – método del precio libre comparable (CUP); método del precio de reventa (*resale price*); método del coste incrementado (*cost plus*); método de la división del beneficio (*profit split*); método del margen neto de la transacción (TNMM)–. Sin embargo, la OCDE ha incorporado nuevos apartados con la intención de clarificar y guiar en la aplicación de los métodos basados en el beneficio de la transacción (*profit split*, y TNMM), y sobre la aplicación de la denominada *berry ratio* –relación entre el beneficio bruto y los gastos operativos–.

Por otro lado, los criterios de gradación entre los diferentes métodos *aceptados* para la determinación del valor *at arm's length*. La actualización de 2010 de las Directrices ha eliminado la tradicional preferencia de los métodos considerados *tradicionales*, frente a los métodos basados en el beneficio y el análisis funcional. Inicialmente, las Directrices consideraban la aplicación de los últimos como subsidiaria, en caso de no resultar aplicable ninguno de los tres métodos tradicionales. Tras la actualización de 2010, únicamente se mantiene la preferencia del método de precio libre comparable (CUP), frente al resto. Sin embargo, la práctica de los últimos quince años ha demostrado como la aplicación de los métodos de distribución de beneficio de la transacción se aplican con cierta asiduidad, razón por la cual las Directrices han eliminado su consideración como métodos de aplicación subsidiaria.

Finalmente, la determinación del método apropiado, o selección del método. Las Directrices establecen como criterio general la selección del ‘método más apropiado’ en cada caso particular. Dicha especificación se encuentra cerca de lo que algunas legislaciones consideran como la aplicación de la regla del ‘mejor método’, aunque no exige la verifi-

cación de todos y cada uno de los métodos aceptados con carácter previo a la selección. El desarrollo del análisis de comparabilidad es el que debe determinar el método finalmente elegido. Además, las Directrices parten de la imposibilidad de encontrar un único método válido en la pluralidad de situaciones y circunstancias en que se desarrollan las operaciones entre entidades asociadas, así como en la imposibilidad de aplicar una única alternativa a cada caso concreto, lo que presupone un cierto margen de discrecionalidad aceptado en la actuación de los particulares y de la Administración en la fijación del valor de mercado correspondiente a las operaciones vinculadas.

La relevancia de los métodos reside en que sus técnicas concretan el sentido de la expresión precio *at arm's length* o fijado en condiciones de independencia. En definitiva, la admisibilidad del método supone que mediante el mismo se fija el *standard* que debe reflejar la política de precios de las empresas multinacionales y, en consecuencia, se concreta el significado del principio de independencia que debe ser respetado por la actuación de las empresas multinacionales y asociadas.

Su análisis es importante, por tanto, para saber si en realidad mediante la concreción de los métodos se está modificando el tradicional criterio *at arm's length*, variando sus estructuras y acercándolas a sistemas que guardan ciertas reminiscencias con el esquema de tributación unitaria o de reparto proporcional. Del análisis de los informes de la OCDE resultan criticables los intentos de la institución por mantener y aceptar en el ámbito de dicho criterio métodos que, en realidad, se construyen desde una óptica unitaria y de reparto proporcional que difícilmente resultan compatibles con las exigencias del principio de empresa separada. Como su nombre indica, el método de reparto de beneficios, aun centrado en los beneficios de una operación concreta o

de una serie de operaciones comerciales similares, presupone la necesidad de tomar en cuenta los resultados de las entidades intervinientes en la operación y establecer un criterio de reparto de los beneficios que le resultan atribuibles a dicha operación ³⁷.

En definitiva, los métodos de división del beneficio –aun referidos a una única operación o conjunto de operaciones– suponen manifestación clara del criterio unitario o concepción unitaria del grupo multinacional a efectos tributarios³⁸.

Esta constatación no sirve *per se* para rechazar la aceptación de estos mecanismos como medios válidos para la realización de los ajustes a las nuevas exigencias de la realidad económica, pero pone de manifiesto la evolución que ha sufrido el propio concepto de libre concurrencia como criterio de correcta asignación de rentas –empresariales– entre las diferentes jurisdicciones tributarias. Asimismo, y teniendo en cuenta que implican la aceptación de concepciones históricamente rechazadas para establecer la asignación internacional de las rentas empresariales de carácter multinacional, no deberían pasarse por alto los reproches que se formularon a dichas concepciones. En este sentido, debe recordarse que el método unitario o de reparto proporcional se rechazó porque el mismo requería establecer un acuerdo o llegar a un consenso internacional –entre naciones– en torno a los criterios de reparto para evitar la doble imposición internacional, en la medida en que los mismos

37 Aunque se rehúya o se deje de aceptar el criterio de reparto de beneficios globales, el criterio de reparto de beneficios está basado en los mismos principios y criterios que lo apartan del criterio de empresa separada.

De hecho, para asignar un beneficio –que no una suma de ingresos brutos– derivado de una operación determinada para las empresas intervinientes es preciso realizar una asignación proporcional y correspondiente de los costes totales de cada empresa a estas operaciones para posteriormente proceder al reparto de los beneficios resultantes.

38 Basta recordar que no puede determinarse el beneficio de una operación sin acudir a la situación general de la empresa, a los gastos generales y particulares imputados o a los criterios de racionalidad y eficiencia en el empleo de los recursos por parte de las entidades intervinientes en la operación.

no podían ser establecidos unilateralmente por cada Estado, pues ello podía conducir a situaciones difícilmente solubles de doble imposición internacional ³⁹.

Las críticas efectuadas a los sistemas de reparto proporcional no deberían caer en saco roto. Aunque se entienda que el criterio *at arm's length* debe sufrir una importante evolución para adecuarse a las exigencias de la nueva realidad económica internacional, la misma debería acompañarse de los instrumentos adecuados que restauren el equilibrio internacional de asignación de rentas tributarias. Si la determinación de los criterios de distribución de la competencia tributaria se limitó al establecimiento de mecanismos referidos únicamente a la competencia material, la aplicación de nuevos métodos de determinación debería implicar el reforzamiento de las técnicas procedimentales internacionales que aseguraran el restablecimiento del equilibrio de libre competencia tras la realización de los ajustes oportunos. Sin embargo, y como analizaremos en el epígrafe correspondiente, se observa que este reforzamiento no se ha plasmado entre los mecanismos previstos por el propio modelo de convenio, sino que se ha formulado al margen del mismo.

En última instancia, sin embargo, la aplicabilidad de los diferentes métodos de concreción del valor de mercado depende de su inclusión o aceptación por parte de la normativa tributaria interna, base legal última y necesaria para la práctica del ajuste primario ⁴⁰. A este respecto, el TRLIS especifica y concreta los métodos de que dispone la Administración para realizar el ajuste a efectos de adecuar la

39 *Vid.* al efecto García Prats, F.A. [1996], pág. 266 y ss. y la bibliografía allí citada.

40 En el mismo sentido, aun comentando la regulación anterior contenida en el RIS de 1982 –art. 169.1–, *vid.* González Poveda, V. [1993], *Tributación de no residentes*, ed. La Ley, 2.^a ed., pág. 210. En sentido contrario, Cavestany Manzanedo, M.A., «Los ajustes fiscales sobre los precios de transferencia de los bienes intangibles: los Estados Unidos frente a la OCDE», en *Carta Tributaria*, núm. 184/1994, ob. cit., pág. 11.

base imponible de los sujetos pasivos a los precios de mercado. Con este precepto, el artículo 16.3 del TRLIS limita el ejercicio de la potestad que el artículo 16.2 del TRLIS atribuye a los órganos de la Administración tributaria. En concreto, el TRLIS admite la aplicación del método del precio libre comparable, del precio de reventa, del coste incrementado o de la división del beneficio, así como del método del margen neto de la transacción, tras la modificación operada en 2006. Atendiendo a esta regulación, debe concluirse que este método, aún mencionado y aceptado –con matices– por parte de la OCDE, no puede ser aplicado por parte de la Administración tributaria al realizar el ajuste primario; y, por extensión, como consecuencia de la puesta en práctica de los mecanismos adicionales de resolución de controversias para la determinación del precio de mercado –acuerdos previos sobre precios de transferencia, bien unilaterales, bien bilaterales o multilaterales–. Aun con todo, la legislación española, deseosa de seguir los criterios internacionales, plasmó en su articulado la preferencia de los métodos tradicionales frente a los últimamente aceptados por parte de la OCDE. El artículo 16.4 de la LIS condiciona la aplicación de los métodos de división del beneficio a aquellos casos en los que debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores, en cuyo caso se podrán aplicar los otros métodos hasta la fecha considerados de aplicación subsidiaria. Sin embargo, los nuevos estudios elaborados en el seno de la OCDE plantean abiertamente la necesidad de eliminar la tradicional jerarquía de métodos y su sustitución por un criterio de adecuación del método a la realidad económica de la operación entre entidades asociadas.

Queda por precisar la trascendencia que van a desempeñar las Directrices sobre precios de transferencia para Administraciones y contribuyentes publicadas por la OCDE desde 1995. Desde 1997, el comentario al MCOCDE indica

que las mismas forman parte de los Comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio y en consecuencia desempeñan la misma función que aquéllos en la interpretación y aplicación de los CDI, formando parte del contexto de los propios CDI. Sin embargo, no pocos son los problemas legales que pueden surgir a la hora de concretar la aplicación de las Directrices, tal como se infieren de la actualización progresiva de las mismas, a situaciones de hecho anteriores a su aprobación e inclusión final, atendiendo a que las mismas pueden comportar la realización de determinados análisis, obligaciones de documentación y prueba que resultan de imposible cumplimiento mediante una aplicación retroactiva ⁴¹. Sin que para ello la manida e incorrectamente denominada *interpretación dinámica* de los Convenios resulte en todo caso justificación suficiente y adecuada.

No obstante, es más difícil concretar la incidencia de las mismas sobre la normativa interna cuando no exista convenio aplicable. A diferencia de otros países, España ha asumido sus contenidos sin vincular normativamente su práctica interna a las mencionadas guías, por lo que queda a juicio del control administrativo y judicial la determinación de su incidencia sobre la actuación administrativa en la realización de ajustes. La traducción reciente al castellano de las Directrices elaboradas por la OCDE permitirá un mayor conocimiento y su posible aplicación como mecanismo de control y guía de actuación ⁴².

41 Sobre la carga de la prueba en materia de precios de transferencia vid. Valente, P. “The Burden of Proof and Transfer Pricing” 18 IBFD Transfer Pricing Journal. 2011 núm 4.

42 Vid. OCDE, *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales* y Administraciones tributarias (traducción del IEF), París, 2003.

2.2.3. Otros aspectos tratados por las Directrices de la OCDE bajo el prisma de los precios de transferencia entre empresas asociadas.

La compleja realidad económica y jurídica que subyace a las operaciones transnacionales de las empresas multinacionales lleva a considerar la imposibilidad de reconducir toda su problemática jurídico-tributaria internacional a un simple regla habilitante de las revalorizaciones de las transacciones transnacionales entre empresas asociadas de conformidad con la metodología que concreta el significado del principio *at arm's length*. La política de precios de transferencia de los grupos empresariales es mucho más rica, compleja y variada, por lo que resulta necesario abordar dicha diversidad con nuevos mecanismos y criterios. A esta tarea se ha abocado la OCDE a través de su Comité de Asuntos Fiscales, con la formulación inicial de las Directrices sobre Precios de Transferencia y su posterior y continua revisión, reformulando capítulos previos o incorporando otros nuevos que intentan plasmar en el documento el resultado de la discusión entre los representantes de los Estados miembros, de los Estados no miembros observadores y de los representantes de la comunidad empresarial y universitaria internacional, en lo que ha venido a conocerse como la plasmación del *consenso internacional* sobre la materia.

El proceso y la metodología no adolecen de críticas sustantivas que se refieren a los efectos que pretenden asociarse al resultado del proceso –las Directrices como criterio *interpretativo* de los Convenios de doble imposición- sin necesidad de modificar el sustento normativo sobre el que reposan dichos *criterios interpretativos*, que se traducen en efectos que superan con mucho la habilitación para proceder a una valoración de las transacciones transfronterizas con un cri-

terio que respete la correcta asignación inter-jurisdiccional de las rentas generadas con dichas transacciones.

Por un lado, la falta de legitimidad para elaborar unas Directrices con validez internacional. En este sentido, la preparación de un Manual Práctico sobre Precios de Transferencia por parte del Comité Fiscal de la ONU puede suponer una mayor consolidación del principio, así como una aclaración de las diferentes perspectivas con las que puede aborcarese su verificación, la admisibilidad de los diferentes métodos y la adecuación a las necesidades y posibilidades de las diferentes Administraciones tributarias involucradas.

Por otro lado, la necesidad de abordar la aplicación práctica de dicho principio de conformidad con las diferentes normativas tributarias nacionales resulta en un coste fiscal indirecto considerable que se intenta resolver de forma diversa en diferentes ámbitos. De una parte, la OCDE dedica el capítulo V de las Directrices a establecer unos criterios genéricos sobre la forma de abordar la documentación de la valoración practicada at arm's length, la información que puede resultar útil para su determinación, y una serie de recomendaciones dirigidas a las Administraciones y a los obligados tributarios, que, en todo caso, quedan sometidos a las obligaciones normativas derivadas de cada normativa interna sobre precios de transferencia. A efectos de limar las cargas derivadas de la divergente consideración, alcance y efectos de las obligaciones de documentación, diversas organizaciones internacionales adoptan posiciones que no pueden considerarse similares. Como ejemplos, pueden reseñarse las conclusiones asumidas por la PATA –Pacific Association of Tax Administrations–, o por el JFTP EU –Joint Forum of Transfer Pricing of the European Union–.⁴³

43 Vid. Borkowski, S.C. “Transfer pricing practices of transnational corporations in PATA countries” *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*. 2010. Sobre las recomendaciones en torno a las obligaciones de documentación formuladas por el TFEU vid. http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm

Un segundo aspecto desarrollado por las Directrices de la OCDE se refiere a los mecanismos de resolución de controversias tributarias relacionadas con la aplicación de la normativa que incide sobre los precios de transferencia en operaciones entre entidades asociadas. En este ámbito las Directrices dedican el capítulo IV a los mecanismos destinados a evitar los conflictos y litigios en materia de precios de transferencia, estableciendo algunos parámetros de buenas prácticas tanto en lo que se refiere a la fiscalización, el control, la carga de la prueba, la imposición de sanciones, la duración de los procedimientos amistosos para la aplicación de los ajustes correspondientes, la posibilidad de desarrollar investigaciones simultáneas, o el encaje de las reglas denominadas de refugio seguro con el principio at arm's length. Este último aspecto va a ser objeto de revisión por parte de la OCDE ⁴⁴. El último aspecto abordado por las Directrices se refiere a la utilización de acuerdos previos entre los obligados tributarios y la(s) Administración(es) tributaria(s) como mecanismo no de resolución sino de prevención del conflicto. Sin embargo, y a pesar de constituir un indudable avance en la comprensión común de la problemática y diversa fenomenología jurídica relacionada con la aplicación de las normas sobre operaciones entre entidades asociadas, el carácter de derecho en agraz de las Directrices impide resolver de forma definitiva las posibles distorsiones derivadas de la aplicación simultánea de dichas normativas a una misma y única transacción. En el ámbito de la Unión Europea, el Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia ha conseguido dotar de una importante proyección e implicación práctica a sus propuestas tendentes a la resolución de los conflictos derivados de la aplicación de los procedimientos de aplicación y control, así como en el establecimiento de diferentes códigos de buenas prácticas en la materia.

44 http://www.oecd.org/document/16/0,3746,en_2649_33753_50509904_1_1_1_1,00.html

En último lugar, las Directrices también abordan ámbitos específicos que, por su singularidad, requieren de un tratamiento particularizado. Hasta la fecha dichos ámbitos son abordados por los capítulos VI a IX de las Directrices, y se refieren a la valoración de los intangibles (cap. VI), los servicios intra-grupo (cap. VII), los acuerdos de contribución de costes (cap. VIII) y tras la última actualización, las reestructuraciones empresariales desde la óptica de los precios de transferencia (cap. IX). La problemática abordada es diversa y diversos son también los criterios que se adoptan en torno a la adecuación de las medidas previstas en la normativa interna al principio at arm's length, variando de las especialidades en la aplicación de la metodología prevista para el cálculo de la remuneración at arm's length, caso de los intangibles,⁴⁵ a las condiciones de deducibilidad y valoración de los servicios intra-grupo, o las condiciones de análisis de conformidad con el criterio at arm's length de los acuerdos de contribución de costes, y que en ocasiones generan el debate en torno a la posible recaracterización o recalificación de las rentas generadas en la transacción.

En relación con el último de los aspectos incorporados a las Directrices consideramos relevante reproducir varias de las principales conclusiones, que pone en duda la práctica administrativa y la normativa de algunos Estados relativa a la aplicación de los precios de transferencia en supuestos de reestructuración empresarial: conforme a las Directrices, un cambio en los acuerdos empresariales del que deriva una reducción del potencial beneficio no implica necesariamente para una empresa independiente la obtención de una compensación. En caso de tener lugar una transferencia de algún valor –activo o negocio– el potencial beneficio no puede interpretarse como el beneficio o pérdida que ocurriría si el

45 En Junio de 2012, la OCDE ha lanzado una consulta pública a efectos de actualizar las directrices en este capítulo de conformidad con los avances y experiencias prácticas en los últimos años. Vid. <http://www.oecd.org/dataoecd/39/61/50526258.pdf>

acuerdo anterior a la restructuración continuara de forma indefinida. De ahí que no puede establecerse ninguna presunción de indemnización por finalización y transferencia de actividades a consecuencia de una restructuración, sino que se hace depender de las opciones realistas disponibles.

En última instancia, sin embargo, dichos avances en la formulación del consenso internacional dependen de la validez que la Administración tributaria de cada país y sus órganos jurisdiccionales –o los órganos alternativos admitidos para la resolución de conflictos tributarios– otorguen a las Directrices como auténtico freno y límite a los excesos frente a las mismas que puedan inferirse de la sola interpretación y aplicación de la normativa tributaria interna en dichos ámbitos. Considerando que, en última instancia, en materia tributaria internacional los Estados con carácter general no aceptan reconocer la jurisdicción de Tribunales u órganos de resolución de conflictos internacionales referidos a los conflictos originados con la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia.

3. EL AJUSTE CORRESPONDIENTE

La lógica del criterio *at arm's length* impone que una vez efectuado un ajuste por parte de un Estado contratante, asignando mayores beneficios o menores pérdidas a las empresas asociadas en el territorio de aquel Estado, se lleve a cabo un ajuste correspondiente en el otro Estado contratante –u otros Estados intervinientes– en los que se había localizado el beneficio por parte de las empresas asociadas. Sólo de este modo se restauran las condiciones de libre competencia sobre cuya base puede efectuarse el ajuste primario. De otro modo, se corre el riesgo cierto de que las empresas asociadas puedan sufrir doble imposición internacional por el hecho de no ajustar sus precios de transferencia a los cri-

terios de independencia utilizados por el primer Estado, al haber localizado el beneficio en el otro Estado contratante. La doble imposición que se genera será normalmente económica, al exigirse como consecuencia del ajuste primario la imposición en el Estado que realiza el ajuste sobre una renta en manos de una persona diferente de la que la obtuvo –o a la que se le asignó como consecuencia del pacto convenido entre las empresas asociadas– y que ha sido o será sometida a gravamen, en consecuencia, en el otro Estado contratante ⁴⁶.

46 Así lo prevén los Comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio –párr. 5–. Sin embargo, no cabe descartar algún supuesto de doble imposición jurídica si tenemos en cuenta que el ajuste primario puede realizarse, teóricamente, tanto sobre las entidades residentes del primer Estado contratante como sobre las entidades no residentes de ese Estado contratante y, por tanto, residentes del otro Estado contratante. En este segundo supuesto, el sujeto no residente soportaría un mayor gravamen en el primer Estado como consecuencia del ajuste primario, aunque no existiría doble imposición jurídica internacional sobre dichas rentas hasta el momento en que el otro Estado contratante –su Estado de residencia– realizara el ajuste correspondiente sometiendo a gravamen dichas rentas que debió imputar de acuerdo con el principio de libre concurrencia.

Imaginemos el supuesto siguiente: una sociedad «A» residente en el Estado «A» paga un canon a una sociedad «B» del mismo grupo residente en el Estado «B». El pago de dicho canon se realiza a un precio inferior a su valor de mercado, con la finalidad de que la sociedad «A» pueda consolidar su posición en el mercado y atendiendo a que sus beneficios todavía son reducidos, con lo que el pago del canon convenido se realiza para anular dichos beneficios y, en consecuencia, su carga tributaria en el Estado de residencia.

En la sucesión de hechos o ajustes descritos anteriormente no se produciría doble imposición jurídica internacional en la medida en que el Estado de residencia de la sociedad «B» realiza el ajuste con posterioridad al ajuste realizado por el Estado «A», por lo que la sociedad «B» podrá reclamar la deducción del impuesto mayor –regularizado tras el ajuste– satisfecho en el Estado «A» o bien la exención de aquellas rentas en el Estado «B».

Pero bien puede suceder que quien primero realice el ajuste primario sea el Estado «B», incrementando las rentas previamente declaradas por la sociedad «B». Si con posterioridad a dicho ajuste el Estado «A» realiza su ajuste primario –incrementando el importe del canon que implica la aplicación de una mayor retención en la fuente de la sociedad «B»–, resultará necesario la aplicación de un ajuste correspondiente en el Estado «B», a efectos de que la sociedad «B» pueda deducirse el mayor impuesto regularizado por el Estado «A».

El ejemplo pone de manifiesto, asimismo, que la realización del ajuste correspondiente no resultará necesario, en todo caso, tras la realización o práctica de un ajuste primario por parte del otro Estado, para eliminar las situaciones potenciales o reales de doble imposición –jurídica o económica– internacional.

Incluso en algunos supuestos, este ajuste puede llegar a favorecer a los Estados contratantes en perjuicio de las entidades asociadas.

Siguiendo con el ejemplo anterior, en el supuesto en que la sociedad «B» recibe un pago por canon inferior a su valor de mercado, el Estado «B» realiza un ajuste primario aumentando la renta imponible de la sociedad «B» en su Estado de residencia. Pero el ajuste de la ope-

Éste es el fundamento que preside la inclusión del apartado segundo del artículo 9 del Modelo de Convenio, a pesar de que su incidencia práctica diste de ser, como analizaremos, todo lo eficiente que debiera en atención a la importancia del fundamento que la exige. Este apartado fue incorporado en la revisión del proyecto de Convenio de 1963 llevada a cabo en 1977 con el tenor literal que ahora reproducimos:

«Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y someta, en consecuencia, a imposición– los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.»

Los comentarios al modelo de convenio se limitan, no obstante, a explicar la justificación de su inclusión en el modelo –párr. 5–, así como a realizar algunas aclaraciones que otorgan luz a la naturaleza de dicha cláusula –párr. 6– o

ración al criterio *at arm's length* implica que también debería haber sido mayor el importe del impuesto –retención– a satisfacer en el Estado de la fuente –Estado «A»–. Aunque ello implique un mayor gasto para la sociedad pagadora –sociedad «A»–, tal como se describe en el ejemplo, la realización de dicho ajuste no necesariamente implicará para el Estado «A» un menor ingreso en ese momento, pues puede suceder que dicho ajuste conlleve la generación de pérdidas para dicha sociedad y, en consecuencia, la generación de un mayor ingreso –global– para el Estado «A» en ese momento.

a describir los diferentes procedimientos empleados por los Estados miembros para llevar a cabo dicho ajuste –párr. 7–.

3.1. NATURALEZA DEL AJUSTE CORRESPONDIENTE

A pesar del tenor literal del precepto, y del fundamento en que se sustenta el mismo, debe matizarse la naturaleza del ajuste que propone el párrafo segundo. La lectura del artículo 9.2 sugiere que el ajuste correspondiente debiera realizarse por parte del otro Estado contratante de forma imperativa y automática –«ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía que ha percibido sobre esos beneficios».

Sin embargo, la utilización del modo imperativo en la dicción verbal ⁴⁷ no debe entenderse en sentido literal, a pesar de que pueda resultar una exigencia del fundamento que lo inspira. Por un lado, el propio texto del artículo 9.2 *in fine* del Modelo ya previene que la determinación del alcance de dicho ajuste exige tener en cuenta las demás disposiciones del presente convenio, así como que las autoridades competentes de los Estados contratantes «se consultarán en caso necesario». Por otro, como confirma el Comentario al artículo y la mayoría de la doctrina, «el Estado “B” no deberá realizar automáticamente un ajuste por el simple hecho de que se hayan corregido los beneficios del Estado “A”; sólo se practicará el ajuste si el Estado “B” considera que la cifra de beneficios rectificadora refleja correctamente la que se habría obtenido si las transacciones se hubiesen realizado en condiciones de total independencia» –párr. 6– ⁴⁸.

47 La misma conclusión se infiere de la versión oficial inglesa del MCOCDE: «... that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of tax charged therein on those profits».

48 El párrafo 9 de los Comentarios al artículo 25 del Modelo de Convenio confirman esta remisión al procedimiento amistoso para proceder a la práctica del ajuste correspondiente.

En consecuencia, se deja al arbitrio y decisión del otro Estado contratante la realización de dicho ajuste, atendiendo a las conclusiones que a su juicio se desprendan de las exigencias del criterio *at arm's length*, lo que puede motivar una negativa a su realización por parte de dicho Estado alegando varias razones: bien porque considere que el otro Estado se ha excedido en la realización del ajuste primario, y, en consecuencia, sea aquél el que deba practicar el ajuste correspondiente o correlativo, tanto basándose en la procedencia del ajuste como en la procedencia de la cuantía, o en la procedencia del método aplicado para el cálculo del valor *at arm's length*, bien porque considere que su propia actuación se ajusta a los parámetros y exigencias derivados de dicho criterio.

Por tanto, cada Estado, de acuerdo con el diseño del modelo de convenio, guarda competencia plena para interpretar y aplicar el criterio *at arm's length* de acuerdo con sus propios parámetros y con los esquemas de su propia normativa, que lo concretan, no quedando obligado, en virtud de convenio, a modificar las actuaciones realizadas en el marco de su propia normativa que lo especifica para ajustarse a los parámetros internacionalmente aceptados que concretan y señalan las exigencias de dicho criterio. En otros términos, los sujetos pasivos –empresas asociadas– no pueden respaldar su pretensión en la dicción del artículo 9.2 del Modelo de Convenio para exigir a los Estados contratantes que la aplicación del criterio *at arm's length* se realice de forma coherente y compatible por parte de los dos Estados contratantes y sin vulnerar la finalidad última de los convenios –la eliminación de la doble imposición internacional⁴⁹–. En todo caso, y como única alternativa, las empresas asociadas disponen, como único recurso convencional, de la solicitud de iniciación del procedimiento amistoso previsto en el artículo 25 del Modelo de Convenio, que,

49 Vogel, K. [1997], pág. 555; Baker, P. [1994], pág. 219.

como analizaremos posteriormente, no obliga a alcanzar de forma necesaria una solución al conflicto planteado entre los dos Estados contratantes, privando, sin lugar a dudas, de indudable trascendencia a este mecanismo de resolución de controversias internacionales ⁵⁰.

Puede concluirse, pues, que la efectividad –y pretendida imperatividad– del mecanismo previsto en el artículo 9.2 del Modelo de Convenio –ajuste correspondiente– se supedita a la efectividad de los mecanismos procedimentales previstos en el propio convenio para la resolución de disputas y conflictos derivados de la aplicación e interpretación del propio convenio.

En consecuencia, la inclusión del artículo 9.2 del Modelo de Convenio en el texto del CDI tiene un efecto puramente recordatorio de la necesidad de encontrar una vía de solución a las situaciones de doble imposición que puedan ocasionarse para las empresas asociadas como consecuencia de la realización de los ajustes sobre los precios de transferencia entre empresas asociadas previstos en sus respectivos ordenamientos internos.

De acuerdo con lo dicho, cabe concluir que aquellos convenios que no incluyen la cláusula del artículo 9.2 del Modelo de Convenio –como vimos, la mayoría de los firmados por España– no comportan, como consecuencia de su no inclusión, la imposibilidad de eliminar la doble imposición generada como consecuencia de la realización de un ajuste primario por parte de uno de los Estados contratantes ni tampoco la imposibilidad de realizar los denominados ajustes correspondientes, bien por parte de este Estado contratante o bien por parte del otro Estado ⁵¹. En consecuencia,

50 El mismo Comentario al artículo 9 del Modelo de Convenio se refiere a este mecanismo como instrumento que permite abordar estos conflictos a los Estados contratantes –párr. 4 *in fine*–.

51 De la misma opinión es Vogel, K. [1997], pág. 555.

también al amparo de estos Convenios, podrá acudir al procedimiento amistoso como mecanismo para resolver los posibles conflictos que se originen en la aplicación del artículo 9.1 del Modelo ⁵².

Antes de entrar en el análisis de los mecanismos procedimentales mediante los cuales puede articularse la aplicación del ajuste correspondiente, debe efectuarse un somero comentario en torno al alcance de dicho ajuste, atendiendo a la redacción del artículo 9.2 del Modelo de Convenio. De acuerdo con la misma, únicamente procede la aplicación del artículo 9.2 cuando el otro Estado contratante efectúa su ajuste primario sobre las empresas residentes en dicho Estado. De ahí se infiere que un Estado contratante sólo deberá practicar un ajuste correspondiente sobre los beneficios de sus propias empresas que previamente haya sometido a gravamen.

Resulta difícil adivinar las razones que llevan al modelo de convenio a restringir las posibilidades de aplicación de un ajuste correspondiente únicamente en favor de sus empresas residentes. La restricción puede llegar a justificar –o, cuando menos, resultar coherente– la postura de aquellos autores que mantienen que el artículo 9.1 del Modelo de Convenio únicamente habilita a la realización del ajuste primario sobre las entidades o empresas residentes del Estado que practica el ajuste. Sin embargo, ya comentamos que dicha postura no sólo contradice el tenor literal del artículo 9.1 del Modelo, sino también el fundamento del propio artículo, así como la práctica de los Estados y la necesidad de asignar los rendimientos de empresas multinacionales entre las diferentes jurisdicciones tributarias estatales con arreglo al principio *at arm's length* o de libre competencia ⁵³. En consecuencia, debe concluirse que dicha cláusula resul-

⁵² Vid. al efecto el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 25 del Modelo de Convenio.

⁵³ Vid. al efecto el ejemplo propuesto en la nota a pie de página número 58.

ta incoherente, inconsistente con el fundamento del criterio de libre concurrencia y carente de justificación alguna, provocando una restricción a la necesidad de restaurar la doble imposición generada tras el(los) ajuste(s) primario(s).

3.2. MECANISMOS PROCEDIMENTALES INTERNACIONALES PARA LLEVAR A CABO EL AJUSTE CORRESPONDIENTE: EL PROCEDIMIENTO AMISTOSO Y SU NECESARIA SUPERACIÓN

El artículo 25 del Modelo de Convenio aparece como el mecanismo previsto para proceder a la práctica del ajuste correspondiente mediante el denominado «procedimiento amistoso». El procedimiento amistoso es un procedimiento excepcional previsto para solucionar conflictos derivados de la aplicación –incorrecta– del convenio, independiente de los procedimientos de revisión previstos en los correspondientes órdenes internos de cada uno de los Estados contratantes.

Puede ser iniciado a instancia de la entidad o entidades que entiendan que, a consecuencia de los ajustes realizados al amparo del artículo 9.1 del Modelo de Convenio, se ha producido una situación –de doble imposición– contraria a la finalidad del convenio y, en especial, al respeto del criterio *at arm's length*. El procedimiento, como tal, puede transcurrir de forma paralela a los distintos mecanismos revisores existentes en el ordenamiento interno ⁵⁴, si bien se plantean problemas diversos en su interacción con éstos ⁵⁵.

54 Si bien, como indica el comentario, su finalización positiva aceptando las pretensiones de los denunciantes implicará su aceptación por parte del contribuyente o el desistimiento de sus reclamaciones administrativas y/o judiciales –párr. 31 de los comentarios–.

55 *Vid.* Casero Barrón, R. [1998], «La interpretación en Derecho español de los Tratados internacionales para evitar la doble imposición. El papel del Consejo de Estado. Propuesta revitalizante o regeneracionista» (I y II), en *Carta Tributaria*, núms. 288 y 289.

De acuerdo con lo previsto en el modelo de convenio, puede solicitarse su iniciación dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del convenio⁵⁶.

La principal crítica que cabe realizar a la dependencia procedimental –del procedimiento amistoso– de la práctica del ajuste correspondiente es que el procedimiento amistoso, por su peculiar naturaleza, no se configura como un procedimiento de resolución obligatoria, sino de resolución facultativa. Como se desprende del artículo 25.2 del Modelo de Convenio, «la autoridad competente... hará lo posible por resolver la cuestión mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante», de manera que no existe obligación de conseguir un resultado determinado, únicamente existe una obligación de iniciar el procedimiento y de negociar con las autoridades del otro Estado contratante ⁵⁷.

La inexistencia de mecanismo compulsivo para la práctica del ajuste correspondiente convierte en estériles las previsiones del modelo de convenio en aras de conseguir la restitución de la situación *at arm's length* tras la práctica del ajuste primario por parte de alguno o de los Estados contratantes. La aplicación del convenio puede conducir, entonces, a situaciones de doble imposición internacional –jurídica y/o económica– que quedan por eliminar sin que el modelo de convenio arbitre mecanismos efectivos para su eliminación. Se observa, pues, cómo el modelo de con-

56 Ello implica que, cuando un Estado realiza un ajuste primario sobre un residente en ese Estado, el contribuyente afectado debe solicitar la iniciación del procedimiento ante dicho Estado, a efectos de que pueda convencer a otro Estado para que efectúe el ajuste correspondiente. En cambio, al soportar una entidad un ajuste por parte de un Estado donde no es residente, debe acudir a su Estado de residencia para solicitar la iniciación del procedimiento amistoso, a efectos de que dicho Estado efectúe el ajuste correspondiente o bien llegue a un acuerdo con el otro Estado para que sea aquél el que modifique el ajuste primario.

57 *Vid.* el párrafo 26 de los Comentarios al artículo 25 del Modelo de Convenio.

venio atiende en este problema particular a la atención de los intereses de los Estados contratantes, descuidando los intereses legítimos de las empresas asociadas.

De hecho, pueden existir diversos factores que impidan la práctica de dicho ajuste correspondiente, consolidándose la doble imposición generada tras el ajuste primario. Así, la firmeza de una resolución judicial, la prescripción de la acción administrativa o del derecho del particular para solicitar la modificación de su situación tributaria, o la falta de encaje jurídico del acuerdo amistoso adoptado, o la firma de un APA o acuerdo previo de valoración doméstico con la Administración que debe practicar el ajuste correlativo.

A efectos de encontrar alternativas efectivas a la insatisfactoria propuesta derivada de la aplicación del procedimiento amistoso, en algunos CDI se incluye una cláusula de arbitraje vinculante como mecanismo idóneo para restaurar las operaciones en las que se han aplicado precios de transferencia conforme a las exigencias del criterio *at arm's length*⁵⁸. *Hasta tal punto es así, que finalmente se ha consolidado con la previsión por parte del MCOCDE, tras su actualización en 2008, de una cláusula específica de arbitraje como mecanismo de aseguramiento de la finalización adecuada de los procedimientos amistosos. Sin embargo, esta propuesta no ha recibido el respaldo uniforme ni unánime de los países miembros de la OCDE, a efectos de su posible inclusión en el texto del modelo de convenio, evitando de este modo los problemas que dicha cláusula generaría en algunos ordena-*

58 *Vid.* por ejemplo, los Convenios firmados entre Alemania y Estados Unidos o entre Holanda y Estados Unidos. El primero opta por un régimen de arbitraje vinculante una vez terminado el procedimiento amistoso (protocolo núm. 24), aunque la decisión de someter el caso a la comisión de arbitraje debe ser tomada de común acuerdo por las autoridades competentes de los dos Estados contratantes (art. 25.5). El segundo opta por un régimen similar (protocolo núm. XXVII) aun remitiéndose a las condiciones de actuación de la comisión de arbitraje previstas en el Convenio europeo de 23 de julio de 1990, 90/436/CEE.

mientos internos ⁵⁹. De hecho, ninguno de los CDI firmados por España recoge o incluye cláusula alguna de este estilo.

Ante la falta de mecanismos convencionales que aseguren la restauración del criterio at arm's length tras la actuación de las facultades administrativas, se han arbitrado una serie de mecanismos alternativos que intentan resolver las deficiencias convencionales.

El de mayor importancia es, sin duda, el Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas ⁶⁰, firmado por los países miembros de la Comunidad Europea como instrumento al margen del Derecho comunitario. La aprobación de dicho convenio, que permanece inaplicado, constituye una garantía para la eliminación de la doble imposición potencial a consecuencia de la realización de los ajustes sobre los precios de transferencia entre entidades vinculadas, en la medida en que otorga efectos vinculantes a la resolución que proponga –en materia de ajustes– la Comisión consultiva nombrada al efecto. La existencia de este mecanismo puede forzar a los Estados a llegar a una solución satisfactoria en el marco del procedimiento amistoso que decida iniciarse.

Sin embargo, de forma reciente se observa un cambio

59 Hasta la fecha, sólo aparece una referencia en los comentarios al modelo de convenio sobre dicha posibilidad –párr. 48–.

60 Ratificado por España por Instrumento de 10 de abril de 1992 (BOE de 21 de diciembre de 1994), prorrogado y modificado por el protocolo por el que se modifica el Convenio de 23 de julio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1999 (BOE de 26 de enero de 2000). Tras la finalización del primer periodo de vigencia de cinco años, el convenio no ha entrado en vigor de nuevo, debido a que algunos países todavía no han ratificado o publicado la ratificación de la prórroga de dicho convenio –Portugal e Italia–, y otros –Grecia– no han ratificado el acta de adhesión de los nuevos miembros –Austria, Finlandia y Suecia– a dicho convenio. La entrada en mayo de 2004 de los nuevos países miembros dificultará más, si cabe, el proceso de ratificación y la posible vigencia de dicho Convenio. Sin embargo, el FCPT se encuentra analizando diferentes alternativas para agilizar el procedimiento de ratificación y adhesión y garantizar la eficacia del convenio.

significativo y criticable en la política de algunos Estados miembros que han decidido reforzar los mecanismos sancionadores ante el incumplimiento de la valoración de los precios de transferencia *at arm's length*. La previsión legal de la sancionabilidad del incumplimiento de la valoración de las operaciones vinculadas a precios de transferencia permite congelar los efectos del Convenio 90/436/CEE –art. 8– y, en consecuencia, también la obligatoriedad de efectuar el ajuste correspondiente, con lo que se mitigan los efectos garantistas de dicha norma.

A nivel interno, algunos Estados –entre ellos, España– han introducido mecanismos alternativos de resolución del problema de los precios de transferencia ⁶¹. Alentado por la experiencia norteamericana, se ha previsto en nuestro ordenamiento la posibilidad de realizar propuestas para la valoración previa de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas de carácter internacional –art. 29 quáter a 29 nonies RIS–. A pesar de la dicción de dichos preceptos reglamentarios, según los cuales se utiliza el procedimiento amistoso para el desarrollo de la propuesta a efectos de establecer un acuerdo previo, difícilmente puede hablarse en estos casos de la existencia de un ajuste correlativo o correspondiente. En todo caso, el acuerdo –siempre que tenga carácter internacional o al menos bilateral– impedirá el surgimiento de la doble imposición como consecuencia de la práctica de los ajustes por parte de los diferentes Estados.

Sin embargo, están pendientes de resolución –o acla-

61 No todos los países miembros de la OCDE admiten la posibilidad de establecer acuerdos previos sobre precios de transferencia de carácter internacional o multilateral, y algunos de ellos, a pesar de haber aprobado el marco legal, carecen del desarrollo normativo suficiente para poder ser utilizados como un mecanismo efectivo de previsión de la doble imposición generada a consecuencia de la realización de ajustes sobre los precios de transferencia entre entidades vinculadas.

ración– numerosos problemas relativos a la integración de dichos mecanismos en los procedimientos tradicionales de actuación administrativa, así como las posibilidades de actuación de esta normativa –con efectos meramente internos– con alcance internacional: qué efectos atribuir a esta normativa cuando el otro país carezca de la posibilidad, qué normativa aplicar caso de que se admita por ambas normativas, qué validez otorgar a los métodos empleados para la fijación del precio de transferencia y su admisibilidad, son meros ejemplos de las cuestiones abiertas por el reconocimiento de este nuevo mecanismo tendente a minorar los conflictos derivados de la normativa sobre precios de transferencia y operaciones vinculadas.

Como viene poniendo de manifiesto la doctrina recientemente, la generalización y utilización cada vez más común de los resortes derivados de los CDI por un mayor número de contribuyentes requiere de los Estados contratantes una mayor dedicación al engarce procedimental de los efectos derivados de la aplicación –generalizada– de dichos CDI. Tratándose de un aspecto procedimental, los Estados asumen, de acuerdo con el principio de plena soberanía, competencia absoluta para el desarrollo de dicha regulación, aunque ello no pueda suponer en ningún caso una vulneración unilateral de lo dispuesto en el convenio.

Por lo que se refiere a la incardinación de los efectos del resultado del procedimiento amistoso en el ámbito de los procedimientos tributarios internos, la disposición adicional primera de la LIRNR considera que la aplicación del acuerdo alcanzado entre ambas Administraciones en el ámbito de un procedimiento amistoso se realizará en el momento o periodo en que el acuerdo adquiera firmeza, en los términos establecidos reglamentariamente, sin que el transcurso de tiempo durante el que se desarrolle dicho procedimiento genere el devengo de intereses de demora. Durante la tra-

mitación del procedimiento, el ingreso de la deuda queda suspendido automáticamente a instancias del interesado si se garantizan su importe y los recargos, siguiendo la recomendación formulada en su día por el FCPT.

Al efecto deben tenerse en cuenta varias circunstancias que inciden en el señalamiento del concreto procedimiento que puede resultar aplicable:

En primer lugar, el tipo de ajuste correspondiente que venga exigido por el acuerdo amistoso entre las autoridades de los Estados contratantes. Debe distinguirse si el efecto del ajuste correspondiente obliga a modificar el ajuste primario realizado por las autoridades españolas o es consecuencia de la práctica de un ajuste primario por parte de las autoridades del otro Estado contratante.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la situación procedimental en la que se encuentre la liquidación tributaria o liquidaciones sobre la(s) que debe producir efectos el acuerdo amistoso. Los problemas que se plantean difieren atendiendo a que sólo exista autoliquidación presentada por el particular, a que se haya iniciado un procedimiento de comprobación por parte de la Administración, a que exista acto administrativo de liquidación y a cuál sea su situación, sea ésta firme o se encuentre pendiente de revisión. Recuérdese a estos efectos que el propio modelo de convenio prevé y permite que el (los) procedimiento(s) –interno(s)– de previsión discurra(n) paralelo(s) al procedimiento amistoso, sin que se prevean, como por otra parte es lógico, los efectos de la finalización de éste sobre aquéllos.

Una cuestión final a plantear son los efectos del procedimiento amistoso sobre los acuerdos previos de valoración celebrados por el contribuyente con la Administración. Debe partirse de la idea de que la celebración de un APA –o APT– constituye una vía alternativa a la celebración de un

procedimiento amistoso, y en ningún caso un mecanismo para incorporar a la celebración de un acuerdo amistoso los resultados del procedimiento amistoso en el seno de los procedimientos tributarios internos; los APT son mecanismos de actuación previa, que tienden a evitar el conflicto, mientras que los procedimientos amistosos son procedimientos de resolución a posteriori del conflicto, una vez producido tal. En consecuencia, y en previsión de los problemas que puedan plantearse, parece aconsejable intentar la celebración de acuerdos bilaterales o internacionales entre varias Administraciones tributarias, que eviten las situaciones que puedan originarse de surgir un conflicto entre los términos de un procedimiento amistoso y un acuerdo previo con efectos meramente internos.

4. EL AJUSTE SECUNDARIO

Finalizaremos nuestra exposición con una breve referencia a la posibilidad de realizar el ajuste secundario en las operaciones vinculadas realizadas entre empresas asociadas. Como indicamos al comienzo de la presente exposición, el ajuste secundario es el que permite recharacterizar los fondos o rentas trasvasados entre las personas asociadas, adecuando la tributación de las mismas a la nueva realidad jurídico-tributaria existente tras la práctica de los ajustes anteriores ⁶².

Los comentarios al modelo de convenio afirman con claridad que el artículo 9 del Modelo de Convenio no aborda la cuestión de los «ajustes secundarios». Ante tal silencio, la viabilidad y práctica de los mismos dependerá, en última

62 *Vid.* Peterson, S.D. y Horner, F.M. [1996], «Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections», en IFA. *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto*, vol. 19 b, Kluwer. *Vid.* Vogel, K., *ob. cit.*, pág. 557.

instancia, del contenido de la normativa tributaria interna y su no colisión con el resto de preceptos de los CDI firmados por dicho país. El ajuste secundario exige, por tanto, la presencia de una norma calificadora –recalificadora– de los trasvases efectuados, por lo que, en su ausencia, debe concluirse la imposibilidad material de llevarlos a cabo; o bien, que la Administración tributaria o los jueces tengan asumida dicha facultad recalificadora conforme al ordenamiento tributario interno ⁶³. Además, no puede presumirse la recalificación de forma implícita y automática, pues ésta dependerá del sentido y condiciones del trasvase de capitales efectuado u originado por el pago que ha soportado el ajuste primario ⁶⁴.

63 No obstante, en España ha existido un interesante debate doctrinal referido a la configuración de la norma sobre valoración de operaciones vinculadas como una norma que permitía también la posibilidad de recalificar las rentas trasvasadas tras la realización del ajuste primario, si bien el referido debate se centró en el ámbito puramente interno de la aplicación de la normativa anterior a la aprobación de la Ley 43/1995. A favor de la procedencia del ajuste secundario se pronunciaban Quintás Bermúdez, J. [1983], «Las relaciones intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades» en *RDFHP*, núms. 166-167, págs. 995-1.020; Amorós Rica, N. [1986], *Comentarios a las leyes tributarias y financieras. Impuesto sobre Sociedades*, tomo IV, vol. 2, Madrid, Edersa, págs. 1-19; Navas Vázquez, R., «La valoración de operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades (Comentario a la Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986)», en *REDF*, 55/87, págs. 459-473; Combarros Villanueva, V. [1988], *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, ed. Tecnos, Madrid; Simón Acosta, E. [1990], «Fraude de ley y economías de opción», en *Cuestiones Tributarias Prácticas*, 2.^a ed., Madrid, págs. 128-142.

64 Así, por ejemplo, cuando el pago efectuado en exceso se verifique desde la filial a la matriz, podremos estar ante un reparto encubierto de beneficios que podría ser tratado o calificado como dividendo, pero en caso de que se verifique desde la matriz a la filial, nos encontraremos ante una aportación encubierta de capital que debe decidirse si tiene la consideración de financiación propia o financiación externa para extraer de la misma las consecuencias oportunas. Finalmente, la recalificación a que dé lugar el trasvase efectuado entre dos entidades filiales de una tercera o entre dos sociedades pertenecientes a un mismo grupo será, evidentemente, distinta de los casos anteriores.

LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN PANAMÁ DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

*María Amparo Grau Ruiz
Universidad Complutense de Madrid*

Sumario:

- I. La motivación del reciente impulso normativo.*
- II. Somera aproximación a la metodología empleada por el Foro Global:*
 - A. Las fases en la evaluación,*
 - B. Los elementos sometidos a revisión:*
 - 1. La disponibilidad de la información,*
 - 2. El acceso a la información,*
 - 3. El intercambio de información.*
- III. Análisis de los textos convencionales:*
 - 1. Breve referencia a los doce acuerdos sobre intercambio de información firmados por Panamá,*
 - 2. Análisis sistemático del artículo sobre intercambio de información insertado en los Convenios para evitar la doble imposición firmados por Panamá.*
- IV. El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la cooperación fiscal y el intercambio de información en materia de impuestos.*
- V. Observaciones finales.*

I. La motivación del reciente impulso normativo

El propósito de estas páginas es analizar la regulación del intercambio de información tributaria que, en el plano convencional, se ha llevado recientemente a cabo por la República de Panamá.

Debe señalarse que la previsión normativa unilateral, donde se avala el modo de proceder actual, parece contar con cierta veteranía en el Ordenamiento interno panameño. De hecho, el párrafo segundo del artículo 20 del Decreto 109 de 1970¹ indica que la Dirección General de Ingresos está facultada “para solicitar y recabar información, con el único y exclusivo propósito de *darle cumplimiento a los convenios internacionales* suscritos por la República de Panamá, *para el intercambio de información tributaria*, aun cuando no tenga relación con un interés tributario doméstico”. En este sentido, el fundamento jurídico es acorde con las modificaciones introducidas en el Modelo de Convenio de la OCDE para superar el tradicional “egocentrismo”, típico en un estadio inicial de desarrollo de la fiscalidad internacional. La Ley No.33, de 30 de junio de 2010, se preocupó de armonizar y adecuar la legislación tributaria teniendo en cuenta los Tratados o convenios para evitar la Doble Tributación negociados y suscritos.

También desde el punto de vista institucional se han acometido las reformas necesarias, modificando el organigrama ministerial por los compromisos y obligaciones que a nivel internacional ha adquirido la República de Panamá. Mediante la Resolución No. 088-DS/AL, de 30 de septiembre de 2010, se crean dos subdirecciones dentro de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, una de ellas de Tributación Internacional y otra de Intercambio de Información. Esta última, según dispone el artículo 3 de la Resolución mencionada, tiene la responsabilidad de elaborar las solicitudes de intercambio

1 Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970, por el cual se reorganiza la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas. En el párrafo tercero se añade “en todos los casos, esta información reviste carácter confidencial, secreto y de uso exclusivo o privativo de la Dirección General de Ingresos y, por ninguna circunstancia, podrá hacerla trascender, salvo con la finalidad de dar cumplimiento a los convenios internacionales suscritos por la República de Panamá para el intercambio de información tributaria o en circunstancias expresamente consagradas en la ley”.

de información que la República de Panamá requiera de autoridades tributarias extranjeras; así como también de tramitar y dar respuesta a las solicitudes de intercambio de información que administraciones tributarias extranjeras requieran a la autoridad tributaria de la República de Panamá.

Desde luego, en los últimos años es fácil apreciar como cuantitativa y cualitativamente se ha hecho por la República de Panamá un ingente esfuerzo negociador, que paulatinamente ha ido dando sus frutos². Las razones subyacentes son básicamente de orden temporal y espacial. La coyuntura por la que atraviesa la tributación internacional, en una etapa de transparencia en la que cada vez es mayor el número de actores implicados, pone de relieve la urgente necesidad de adaptación que padecen los Estados que no figuraban en el campo de juego o lo hacían en peores condiciones.

La intensidad y duración del impulso normativo a que nos referimos ha venido forzada, sin duda, por las exigencias impuestas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico para salir de la lista gris en la que se incluyó a Panamá. Para dejar de ser considerado un país de baja tributación, no cooperador en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional, en principio, era necesario firmar una docena de Tratados. Esto además acarrearía otras ventajas añadidas como la de aumentar los ingresos

2 OCANDO, L.E.; APESTEGUI, A.: "Panama : on track towards international fiscal transparency", Tax notes international, Vol. 55, no. 13, 2009, p. 1121-1124. IBFD: "OECD standards re administrative assistance - exchange of information", Tax News Service, 18 November 2009. OCANDO, L.E.; LOPEZ, G.; EDELMAN, G.: "The year in review : Panama", Tax notes international, Vol. 60, no. 12, 2010, p. 961-962. IBFD: "Panama - OECD standards re administrative assistance - exchange of information", Tax News Service, 15 March 2010. IBFD: "OECD standards re administrative assistance - exchange of information", Tax News Service, 19 August 2010.

tributarios y la de propiciar las relaciones comerciales exteriores.

Debe dejarse constancia, por último, que este esfuerzo de puesta al día ha sido sostenido con el asesoramiento proporcionado por el CIAT, la misma OCDE y el PNUD a los responsables de la Administración tributaria panameña. Asimismo, la circunstancia de que muchos países hayan sufrido lamentables consecuencias financieras en casos sobradamente conocidos, como el de USB³, ha podido significar una mayor receptividad a la hora de retomar esfuerzos negociadores, quizás abandonados en el pasado⁴.

-
- 3 “Sept. 17, 2010 — an individual of New York, N.Y. was sentenced to 12 months in prison, six months home confinement, and ordered to pay a civil FBAR penalty of \$4.4 million. He used sham companies set up in the British Virgin Islands and Panama to conceal his ownership of UBS accounts totaling \$8.8 million. Nov. 18, 2010 — an individual of Hilldale N.J. pleaded guilty to filing a false tax return and failing to file an FBAR. She admitted to concealing over \$750,000 in a UBS account by transferring ownership of the account to a nominee Panamanian corporation. Nov. 19, 2010 — an individual in California was indicted for conspiracy to defraud the IRS, filing false tax returns, and failing to file FBAR’s. He is alleged to have transferred over \$2 million in a UBS account to a sham Panamanian corporation in an effort to conceal the account from the IRS”. BENBRAHIM, A.: “U.S. Offshore Compliance Initiatives”, OECD Conference, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 15 de diciembre de 2010. Las siglas FBAR significan cuentas bancarias extranjeras y registros financieros (“Foreign Bank Account and Financial Records”). En el caso de que los obligados no cumplan con esta declaración se les imponen sanciones importantes. Si no ha habido voluntad en el incumplimiento hasta 10,000 dólares por cada uno, si la ha habido puede llegarse hasta la mayor de estas sanciones: 100,000 o el 50 % de la cantidad en la cuenta en el momento de incumplir la norma. Las sanciones penales, cuando se violan otras normas también pueden suponer una multa de hasta 500,000 dólares o diez años de prisión, o ambos.
- 4 IBFD: “Discussions between United States and Panama for exchange of information agreement”, Tax News Service, 16 January 2002. IBFD: “Exchange of information agreement between Panama and US under consideration in Panama”, Tax News Service, 19 April 2002. IBFD: “Exchange of information agreement between Panama and United States - negotiations”, Tax News Service, 25 October 2010. (report from Marusic, A.J.) IBFD: “Exchange of information agreement between Panama and United States signed”, Tax News Service, 1 December 2010 (report from Tsang, L.). IBFD: “Exchange of information agreement between Panama and United States approved by Panama”, Tax News Service, 19 April 2011 (report from Herrera, E.I.). “Exchange of information agreement between Panama and United States enters into force”, Tax News Service, 20 April 2011 (report from Tsang, L.)

Panamá, en julio de 2011, ha pasado ya con éxito a la lista de países que se considera que sustancialmente han aplicado el estándar de intercambio de información⁵. Esto ha sucedido al firmar su décimo segundo acuerdo, concretamente un acuerdo de intercambio de información tributaria con Francia. Ha pasado a ocupar el puesto trigésimo nono en la nueva lista de países cooperativos desde que se publicara el informe de progreso en abril de 2009.

El Foro Global evaluará próximamente si las reformas de la legislación interna permiten un intercambio eficaz y si funcionan como está previsto, por lo que, en adelante, es importante cuidar con esmero la aplicación práctica.

II. Somera aproximación a la metodología empleada por el Foro Global

A. Las fases en la evaluación

El Foro Global ha pretendido diseñar un mecanismo de revisión -"peer review"⁶-, robusto, transparente y justo. Se examina no sólo la firma de convenios, sino su puesta en práctica. Además del número, se mide la calidad de tales acuerdos y la relevancia de los Estados contratantes.

5 IBFD: "OECD standards re administrative assistance - exchange of information (international standard substantially met)", Tax News Service, 1 July 2011. Baste reproducir las palabras del Secretario General Ángel Gurría, reconociendo los eficientes esfuerzos por corregir los anteriores defectos del sistema: "Panama has worked hard to achieve this milestone and has made remarkable strides toward complying with the international standards in a very short time. This is very welcome and shows the Global Forum is achieving its aims." OCDE: "Tax: Panama meets target for international exchange of tax information", News 06/07/2011; consultado en http://www.oecd.org/document/16/0,3746,en_21571361_44315115_48333776_1_1_1_1,00.html el 10 de agosto de 2011.

6 Pueden consultarse más detalles en la página del Foro Global www.oecd.org/tax/transparency y en el portal de intercambio de información www.eoi-tax.org

En la primera mitad de 2010, la primera fase supuso determinar si los elementos especificados en los llamados “términos de referencia” se incluían en la normativa o no y si era precisa alguna mejora. El 1 de marzo de 2010 se iniciaron los ocho primeros informes, entre los que se encontraba el de Panamá⁷, y se aprobaron en julio de ese mismo año por el grupo de revisión en las Bahamas⁸.

En general, el año 2010 ha sido el de la puesta en práctica del estándar internacional de intercambio de información. Importantes centros financieros, como Suiza, Liechtenstein, Luxemburgo, Singapur y Hong Kong, se han adherido al mismo. Otros treinta y tres países han incorporado el estándar internacional desde abril de 2009 y diez más estaban en vías de hacerlo⁹. Este estándar tiene básicamente su origen en el Modelo de Acuerdo de intercambio de información en asuntos fiscales y su Comentario, así como en el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE sobre la renta y el patrimonio y su Comentario de 2005. Exige el intercambio de información previa solicitud cuando sea “previsiblemente pertinente” para la gestión o ejecución de todos los asuntos fiscales, sin tener en cuenta el interés tributario interno, el secreto bancario o la doble incriminación. Además la información fiable ha de estar disponible y contarse con las potestades correspondientes para obtenerla, salvaguardando los derechos de los contribuyentes y la confidencialidad. Por el momento, no se exige el intercambio automático de información.

7 Los otros siete fueron Bermuda, Botswana, Islas Caimán, India, Jamaica, Mónaco y Qatar.

8 OECD Global Forum on Transparency and Exchange of Information: Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes peer reviews : Panama 2010 - phase 1, OCDE, París, 2010.

9 SAINT-AMANS, P.: “International tax initiatives and the fight against tax havens”, OECD Conference, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 15 de diciembre de 2010.

Tras la revisión del marco jurídico regulatorio, se analizará la puesta en práctica del intercambio de información. Esta segunda fase se desarrollará en la segunda mitad de 2012, con una evaluación conjunta y también de cada elemento, indicando si se cumple en su aplicación totalmente, bastante, parcialmente o no se cumple.

B. Los elementos sometidos a revisión

Los puntos que se examinan en la revisión son los siguientes¹⁰:

1. La disponibilidad de la información

Debe asegurarse que la información sobre la propiedad y la identidad de todas las entidades y los acuerdos relevantes está disponible para las autoridades competentes. Ha de garantizarse que se llevan registros contables relevantes de todos ellos, y la información bancaria debe estar disponible para todos los titulares de las cuentas.

2. El acceso a la información

Las autoridades competentes deben tener potestades de obtener y procurar la información que es objeto de una petición en el marco de un intercambio de información de cualquier persona dentro de su territorio que posea o controle dicha información. Los derechos y garantías que se aplican a las personas en el Estado requerido (por ejemplo, las notificaciones o los recursos) deben ser compatibles con el intercambio efectivo de información, sin impedirlo ni retrasarlo. En este sentido, es posible introducir excepciones a las reglas sobre notificación previa, si la petición es muy urgente o puede mermar las probabilidades de éxito de la inspección en el Estado requirente.

10 Para un conocimiento más detallado puede consultarse OECD Global Forum on Transparency and Exchange of Information: “Implementing the tax transparency standards: a handbook for assessors and jurisdictions”, 2ª ed., OCDE, París, 2011.

3. El intercambio de información

Los mecanismos de intercambio deben permitir un intercambio efectivo y permitir el intercambio previa solicitud cuando sea previsiblemente pertinente para la gestión y ejecución de la legislación tributaria interna del Estado requirente. Asimismo deben procurar el intercambio de información con respecto a todas las personas residentes en uno de los Estados contratantes a los efectos del tratado o a un nacional de uno ellos. El Estado requerido no puede negarse a proporcionar la información sólo porque esté en poder de una institución financiera, representante, o persona que actúe como fiduciaria o agente, o porque guarde relación con los intereses de la propiedad en una persona. La información debe intercambiarse, aunque el Estado requerido no la necesite para sus propios fines tributarios.

No cabe aplicar el principio de doble incriminación para restringir el intercambio de información. Debe intercambiarse la información en asuntos fiscales, sean civiles o penales¹¹. En la medida en que sea posible, según las leyes y prácticas del Estado requerido, la información debe proporcionarse de la manera específica que haya sido pedida (por ejemplo, declaraciones testificales o copias autenticadas de documentos originales).

En el caso de que se hayan firmado acuerdos, los Estados deben dar todos los pasos necesarios para que estén vigentes rápidamente. Esto incluye aprobar la legislación necesaria para que este mecanismo funcione.

11 Durante la primera fase de revisión Panamá firmó un acuerdo con Estados Unidos que permitía el intercambio de información en asuntos fiscales penales. Sin embargo, en él se excluyen los delitos tributarios, a menos que se demuestre que el dinero implicado deriva de una actividad que constituye un delito punible, por ejemplo, el tráfico de drogas. Otras observaciones se formulan en este apartado a partir del informe publicado Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field, con datos a 30 de junio de 2010.

Con respecto a lo aquí expuesto, en el examen realizado en la Fase 1 a Panamá se detectó que no tenía acuerdos en vigor que permitiesen el efectivo intercambio de información y se le aconsejó que siguiera políticas para garantizar que firmaba y ponía en vigor los convenios que estaba negociando lo antes posible. Debe recordarse que el artículo 26 de la Ley 33 de 30 de junio de 2010 permite a Panamá acceder a la información para intercambiarla, con independencia de que tenga un interés tributario interno.

Además se subraya la importancia de que las redes convencionales de los Estados para intercambiar la información cubran todos los Estados contratantes pertinentes. En la primera fase se observó que a Panamá se habían dirigido algunos países para negociar acuerdos de intercambio de información tributaria, pero no se habían concluido. Por otro lado se criticaba que las modificaciones del Derecho interno para permitir el intercambio de información en el caso de los convenios de doble tributación no alcanzaban a los acuerdos sobre intercambio de información tributaria o a otros similares como un convenio multilateral. En consecuencia, se recomendó a Panamá que firmara acuerdos para intercambiar información (bien Convenios para evitar la doble imposición, bien específicos o multilaterales) con todos los Estados contratantes “relevantes”. Por tales se entendía a aquellos interesados en firmar un tratado para intercambiar la información con Panamá.

Es más, estos mecanismos deben tener preceptos adecuados para asegurar la confidencialidad de la información recibida. Esta información debe tratarse como confidencial y, a menos que se acuerde otra cosa por las partes, sólo puede revelarse a las personas o autoridades (incluyendo tribunales y órganos administrativos) competentes en la liquidación o recaudación, la ejecución o persecución, o la

resolución de reclamaciones en relación con los impuestos que cubra la cláusula de intercambio de información. Estas personas y autoridades sólo usarán la información para estos fines.

Igualmente deben tratarse como confidenciales las peticiones de información, los documentos con los antecedentes, los que reflejen la información, incluidas las comunicaciones entre los Estados y sus autoridades competentes.

Estos mecanismos deben respetar los derechos y garantías de los contribuyentes y de terceros. Los Estados requeridos no están obligados a facilitar información que pueda revelar cualquier secreto comercial, empresarial, industrial, profesional, o información amparada por el secreto en la relación de un cliente con su abogado, o información cuya comunicación sea contraria al orden público.

En la Fase 1 se apreció que en Panamá el secreto profesional protegía la información en poder de los abogados, incluso cuando no actuaban como representantes legales. A este respecto se recomendó una modificación de las reglas del secreto profesional para asegurar que no impedian revelar la información en el marco de un intercambio más allá de los límites permitidos en el estándar internacional, en particular en los casos en los que los abogados actúan como agentes residentes¹².

Por último, se exige que el Estado proporcione la información a través de su red de acuerdos en plazo. Esto implica responder a las solicitudes en noventa días desde su recepción, bien proporcionando la información

12 IBFD: “2010 Tax reform - entered into force: other matters”, Tax News Service, 29 Mar 2010. Por lo que respecta al secreto fiscal, tras la reforma operada en 2010 se prevé que no tenga efectos en lo que concierne al intercambio de información en el marco de los tratados concluidos por Panamá.

o datos actualizados sobre el estado de la petición. Para ello debe contarse con recursos y procesos adecuados en la organización y no imponer condiciones irracionales, desproporcionadas o indebidas que limiten la asistencia. Desde luego, estas cuestiones dependerán de cómo se desenvuelva la puesta en práctica. Por esta razón, en la primera fase de la evaluación en Panamá, no hubo ningún pronunciamiento al respecto.

III. Análisis de las textos convencionales¹³

1. Breve referencia a los doce acuerdos sobre intercambio de información firmados por Panamá

En la siguiente tabla se muestran, por orden cronológico descendente, los acuerdos recientemente logrados por la República de Panamá, que contemplan el intercambio de información tributaria¹⁴, bien sean Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional (CDI) o Acuerdos para el Intercambio de Información Tributaria (AIIT), más conocidos comúnmente por las siglas en inglés (TIEA, “Tax Information Exchange Agreement”).

13 En este epígrafe se resumen por apartados las diferencias o similitudes que se hallan en las redacciones adoptadas de la cláusula de intercambio de información. Se incorpora un anexo al final de esta contribución, donde se extrae el texto literal en español de los artículos que tratan la cuestión en los distintos Convenios.

14 Tomada de la página <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/PA#agreements> el 10 de agosto de 2011.

ESTADO	TIPO DE ACUERDO	FECHA DE FIRMA	FECHA DE ENTRADA EN VIGOR
<u>Francia</u>	CDI	30 Jun 2011	pendiente
<u>Italia</u>	CDI	30 Dic 2010	pendiente
<u>Estados Unidos</u>	AIIT	30 Nov 2010	18 abril 2011
<u>República de Corea</u>	CDI	20 Oct 2010	pendiente
<u>Singapur</u>	CDI	18 Oct 2010	pendiente
<u>Luxemburgo</u>	CDI	7 Oct 2010	pendiente
<u>España</u>	CDI	7 Oct 2010	pendiente
<u>Holanda</u>	CDI	6 Oct 2010	pendiente
<u>Qatar</u>	CDI	23 Sep 2010	pendiente
<u>Portugal</u>	CDI	27 Ago 2010	pendiente
<u>Barbados</u>	CDI	21 Jun 2010	pendiente
<u>México</u>	CDI	24 Mar 2010	1 enero 2011

El análisis realizado hasta la fecha por el Foro Global ha dado como resultado la siguiente tabla¹⁵:

¹⁵ Esta tabla forma parte de la anterior, por desdoblarse sus contenidos, y ha sido tomada del portal sobre intercambio de información.

ESTADO	CUMPLE ESTÁNDAR	CONTIENE PÁRRAFOS 4 Y 5
<u>Francia</u>	SÍ	SÍ
<u>Italia</u>	SÍ	SÍ
<u>Estados Unidos</u>	SÍ	SÍ
<u>República de Corea</u>	Por revisar	SÍ
<u>Singapur</u>	Por revisar	SÍ
<u>Luxemburgo</u>	Por revisar	No
<u>España</u>	Por revisar	SÍ
<u>Holanda</u>	Por revisar	SÍ
<u>Qatar</u>	Por revisar	No
<u>Portugal</u>	Por revisar	SÍ
<u>Barbados</u>	No	SÍ
<u>México</u>	Por revisar	SÍ

2. Análisis sistemático del artículo sobre intercambio de información insertado en los Convenios para evitar la doble imposición firmados por Panamá

El precepto que regula el intercambio de información se incluye con numeración variada en el texto articulado de los diferentes instrumentos convencionales. Concretamente, se encuentra en el artículo 24 del Convenio con los Países Bajos y Francia, en el artículo 25 de los Convenios con Corea, México, Singapur, Barbados, Portugal e Italia y en el artículo

26 en los Convenios con Luxemburgo, Qatar y España. A continuación se resalta su contenido de manera comparada.

El apartado primero suele incluirse en la mayoría de los Convenios con la siguiente redacción: “las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán la información *que sea previsiblemente pertinente* para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio, o para la administración o la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos de toda naturaleza o denominación exigibles por los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no está limitado por los Artículos 1 y 2”. Así ocurre en los Convenios con Singapur, Portugal, Qatar y Corea. Los textos de los Convenios con Barbados, Italia y Francia¹⁶ son casi idénticos y también se refieren a la información *previsiblemente pertinente*. Una pequeña variación se observa en el Convenio con México al especificar la información *concreta previsiblemente pertinente*, de donde pueden desprenderse consecuencias prácticas. Con un afán más amplio en los Convenios con los Países Bajos, España¹⁷ y Luxemburgo se alude a la información que *previsiblemente pueda resultar de interés*. En todos los Convenios citados el intercambio de información alcanza a los impuestos de todos los niveles territoriales de gobierno (central, regional y local), salvo en el caso de Luxemburgo, que por razones obvias se limita a los impuestos exigibles por los Estados Contratantes o sus autoridades locales, mientras que en el Convenio con

16 En el Protocolo al Convenio, se aclara que la referencia a información “previsiblemente relevante” tiene como objetivo proporcionar un intercambio de información en materia fiscal en la medida más amplia posible, aunque los Estados Contratantes no están facultados para solicitar información que es poco probable que sea relevante para la situación tributaria de un contribuyente determinado (“expediciones de pesca”).

17 IBFD: “Treaty between Spain and Panama - details”, Tax News Service, 18 May 2011.

Francia se alude a autoridades territoriales. En el de Italia se incluyen además las subdivisiones administrativas y se habla de impuestos exigidos, en vez de exigibles.

Con respecto al segundo apartado del precepto, en los Convenios con Corea, Luxemburgo, los Países Bajos, Qatar, Singapur y Portugal, se recoge de la siguiente manera: “la información recibida por un Estado Contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de este Estado y sólo se comunicará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) *encargadas de la evaluación o recaudación, la ejecución o reclamación en relación con la resolución de los recursos en relación con los impuestos contemplados en el apartado 1, o la supervisión de los anteriores*. Estas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para dichos fines. Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales”. El Convenio con Francia contiene prácticamente la misma redacción, mientras que el Convenio con Italia contiene el siguiente matiz: *encargados de la gestión o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el párrafo 1, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a estos impuestos o de la resolución de los recursos en relación con los mismos, o de la supervisión de los mismos*.

Existe una variación de alcance mayor, que señala explícitamente entre quienes pueden ser destinatarios de la revelación a los encargados de perseguir delitos fiscales. Éste es el caso de los Convenios con México y España, cuyo tenor literal es el que sigue: *encargados de la gestión o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de los procesos o procedimientos legales para la aplicación efectiva de estos impuestos o de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la persecución*

de delitos tributarios. En parecidos términos, cambiando ligeramente el orden en la construcción de la frase, figura en el Convenio con Barbados: encargados de la gestión o recaudación, la aplicación efectiva o la persecución judicial de delitos tributarios, así como de la determinación de apelaciones, respecto de los impuestos a los que hace referencia el párrafo 1, o de la resolución de los recursos en relación con los mismos.

Se aprecia una homogeneidad casi absoluta en la redacción del apartado tercero. En los Convenios con Italia, Corea, Luxemburgo, México, los Países Bajos, Qatar, Singapur, España y Portugal se dispone lo siguiente: “3. En ningún caso las disposiciones de los párrafos 1 y 2 *pueden interpretarse* en el sentido de obligar a un Estado Contratante a: a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado Contratante; b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal o de las del otro Estado Contratante; c) suministrar información que revele un secreto empresarial, industrial, comercial o profesional o un proceso industrial, o información cuya comunicación sea contraria al orden público (ordre public)”. Sólo hay una mínima diferencia, carente de relevancia práctica, en el Convenio con Barbados, cuando dice: “en ningún caso las disposiciones de los párrafos 1 y 2 *se interpretarán...*”. En el Convenio con Francia, se antepone a este párrafo la siguiente consideración: “Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de la información, así como la capacidad de su administración tributaria para acceder a la información y transmitirla a su homólogo”, y hay unas pequeñas alteración terminológica en la letra c), en tanto no se refiere al secreto “empresarial”, sino sólo al secreto comercial, industrial, o profesional, y tampoco al proceso

“industrial”, sino comercial. Una estrecha definición de estos conceptos puede acarrear consecuencias nada despreciables en la aplicación práctica.

En los Convenios con Corea, México, Qatar, Singapur y Portugal el apartado cuarto del artículo es totalmente idéntico: “4. Si un Estado Contratante solicita información conforme al presente artículo, el otro Estado Contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga *su legislación* con el fin de obtener la información solicitada, aún cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 *siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir* a un Estado Contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma”. En el Convenio con Barbados simplemente varía la forma en la expresión al indicarse que “la obligación precedente *está sujeta a las limitaciones dispuestas en el párrafo 3*”. Algo distinto es el texto en los Convenios con Luxemburgo, los Países Bajos y España, pues se omite la referencia a la legislación interna (al igual que en el Convenio con Italia o con Francia) y la relación con el apartado 3 se detalla de modo similar “*excepto cuando tales limitaciones impidieran* a un Estado Contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma”. En el Convenio con Francia la redacción es algo más sutil “salvo si estas *limitaciones son susceptibles de impedir* a un Estado Contratante comunicar”.

La unanimidad se da en los Convenios con Italia, Corea, Luxemburgo, México, los Países Bajos, Qatar, Singapur, Barbados, España y Portugal, a la hora de seguir el tenor literal del apartado quinto del artículo en el Modelo de Convenio de la OCDE: “en ningún caso las disposiciones

del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado Contratante negarse a proporcionar información únicamente porque ésta se encuentre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esté relacionada con derechos de propiedad o la participación en una persona”. Cabe apostillar que en el Convenio con Francia no se incluye “la participación”.

En definitiva, a modo de valoración conjunta, cabe subrayar no hay discrepancias significativas entre los textos analizados. Todos ellos respetan el estándar internacional, al margen de que puedan existir en algunos puntualizaciones más o menos acertadas, desde el punto de vista de la ulterior puesta en práctica.

No obstante lo hasta aquí expuesto, debe reconocerse que la regulación es más extensa en el Convenio con Francia, porque en el momento de la firma se adopta un protocolo cuyas disposiciones pasan a formar parte integral del Convenio, de tal manera que el Convenio entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de la República francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta parece que quiere situarse a mitad camino entre los Convenios de Doble Imposición y los Acuerdos para el Intercambio de Información Tributaria, como el firmado con Estados Unidos. Concretamente la quinta disposición afecta al Artículo 24 en los términos que a continuación se reseñan.

Se subraya que no existe un compromiso con las modalidades de intercambio de información espontáneo o automático, por lo que sólo puede existir previa petición. Además, antes de formular la solicitud deben ser “invocadas” las fuentes regulares de información disponibles en el Estado requirente, conforme al elemental principio de

agotamiento de las vías internas. Asimismo se especifican todos los datos que la autoridad requirente deberá proporcionar a la requerida¹⁸. Se insiste, por otro lado, en que los procedimientos administrativos que salvaguardan los derechos de los contribuyentes siguen estando vigentes en el Estado requerido, pero su aplicación no debe impedir o dilatar innecesariamente el efectivo intercambio de información. En consecuencia, se postula la interpretación amplia de los requisitos procedimentales, buscando un equilibrio entre el interés individual y el público.

IV. El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la cooperación fiscal y el intercambio de información en materia de impuestos

En primer lugar, conviene destacar que las autoridades competentes son el Secretario del Tesoro en Estados Unidos, el Ministerio de Economía y Finanzas en Panamá, y en su caso, sus representantes. Estas autoridades intercambiarán información que *pudiese ser relevante para la aplicación de la legislación interna* relativa a los *impuestos comprendidos*

18 En particular, “a) la identidad de la persona objeto de examen o investigación (el nombre de la persona o cualquier otra información que permita la identificación de esa persona); b) el período de tiempo por el cual se solicita la información; c) una declaración con la información solicitada, incluidos su naturaleza y la forma en que el Estado requirente desea recibir la información del Estado requerido; d) el propósito por el cual se solicita la información; e) en la medida que se conozca, el nombre y dirección de cualquier persona sobre la cual se cree que pueda estar en posesión de la información solicitada”. En el caso de entidades e instrumentos registrados en un Estado que no generan ingresos que se originan en ese Estado, se entiende además que su autoridad competente deberá presentar la información solicitada por la autoridad competente del otro Estado Contratante respecto a la propiedad, los activos y los datos bancarios, ya se encuentre en poder de sus autoridades fiscales o en posesión de, o bajo el control, o que puedan obtenerse de las personas que están dentro de la jurisdicción del Estado, así como la información sobre cualquier otra persona en posesión o en control de o en condiciones de obtener la información solicitada.

en el Acuerdo (su determinación, evaluación y recaudación), o para la de *asuntos penales tributarios* (su investigación o enjuiciamiento)¹⁹, esto es, los asuntos tributarios que entrañen una conducta intencional que es susceptible de enjuiciamiento de acuerdo con las leyes penales de la Parte requirente²⁰.

Los impuestos comprendidos son todos los federales en los Estados Unidos²¹ y en Panamá, todos los nacionales, sin incluir los derechos aduaneros. Como se aclara en el artículo 3, también los idénticos establecidos con posterioridad a la fecha de la firma que se añadan o los sustituyan; y los sustancialmente similares si las autoridades competentes así lo acuerdan²². No se aplica el Acuerdo a los impuestos establecidos por los Estados, los municipios u otras subdivisiones políticas o las posesiones de las Partes.

La autoridad requirente sólo podrá presentar una solicitud de información cuando no esté en condiciones de obtenerla por otros medios, salvo que estos conlleven dificultades desproporcionadas. Este agotamiento previo de las vías internas (“exhaustion rule”) es un requisito

19 Artículo 1 sobre el ámbito de aplicación de este Acuerdo.

20 De conformidad con el artículo 4, que contiene las definiciones, son todas las disposiciones legales penales designadas como tales por la legislación nacional, con independencia de que estén previstas en la legislación fiscal, el código penal u otras normas legales. Cualquier término no definido tendrá el significado que le atribuya la legislación fiscal de la Parte que solicita la aplicación del presente Acuerdo, salvo que otro derive del contexto o se acuerde.

21 El área geográfica en la que puede compelerse a la entrega de la información en Estados Unidos de América, se incluyen Puerto Rico, las Islas Vírgenes, Guam, y cualquier otra posesión o territorio.

22 Las autoridades competentes se notificarán sobre cualquier cambio sustancial en la tributación y en las medidas para recabar información. Estas últimas pueden consistir en procedimientos judiciales, regulatorios, penales o administrativos que permitan obtener y proporcionar la información solicitada (sobre cualquier hecho, declaración, documento o registro cualquiera sea su forma).

clásico en la asistencia mutua²³. Por otra parte, la autoridad requirente deberá tener en cuenta que los privilegios bajo sus leyes y prácticas no serán aplicables por la autoridad requerida al ejecutar su requerimiento.

Concretamente, toda solicitud de información debe especificar la identidad del contribuyente cuyos impuestos o cuya responsabilidad penal se investiga; de qué período impositivo; la naturaleza de la información solicitada y la forma en que preferiría recibirla; el asunto con respecto al cual se solicita; las razones que justifiquen su relevancia y la creencia de que la información solicitada se encuentra en la Parte requerida o está en posesión o control de una persona dentro de su territorio (en su caso, indicando nombre y dirección). A ello debe añadirse una declaración haber de agotado todos los medios internos razonables y otra asegurando la reciprocidad en caso de recibir una solicitud similar²⁴.

Obviamente, cuando la solicitud no se realice de conformidad con el Acuerdo o cuando no se hayan agotado previamente los medios internos disponibles, no nace la obligación de prestar asistencia mutua.

23 RAU RUIZ, M.A.: La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de asistencia mutua, La Ley, Madrid, 2000.

24 En particular, para poder intercambiarla, primero ha de garantizarse el acceso a la información en relación con la que obre en poder de bancos, otras instituciones financieras y de cualquier persona, incluyendo representantes y fiduciarios, que actúen en calidad representativa o fiduciaria; y también la información relativa a la propiedad de sociedades, sociedades de personas, fideicomisos, fundaciones y otras personas, incluyendo con las limitaciones establecidas en el Artículo 2 del presente Acuerdo, la información sobre la propiedad de todas las personas que componen una cadena de propiedad; en el caso de los fideicomisos, información sobre los fideicomitentes, fiduciarios y beneficiarios y en el caso de las fundaciones, la información sobre los fundadores, los miembros del consejo de la fundación y los beneficiarios. No se impone una obligación para las Partes de obtener o proporcionar información con respecto a sociedades que cotizan en bolsa o fondos o esquemas públicos de inversión colectiva, salvo que dicha información pueda obtenerse sin ocasionar dificultades desproporcionadas.

La autoridad requerida no tiene obligación de proporcionar información que no está en su poder -ni en el de otros niveles territoriales de gobierno-, ni en el de las personas que están dentro de su jurisdicción territorial²⁵. Si la información en poder de la autoridad requerida no es suficiente, ésta adoptará todas las medidas pertinentes para recabarla, aunque pueda, en ese momento, no necesitarla para sus propios fines tributarios. La autoridad requerida deberá, además, si lo permite su legislación interna, atender las peticiones específicas de la autoridad requirente en relación con estas medidas²⁶.

Así pues, la autoridad requerida proporcionará a petición de la autoridad requirente información, con independencia del interés fiscal interno, o de que la conducta investigada pudiera constituir un delito bajo sus leyes²⁷. La información se suministrará con independencia de si la persona a quien se refiere la información es residente o si la información está en poder de un residente.

25 Artículo 2 del Acuerdo.

26 Según el Artículo 5, apartado 3 del Acuerdo: “(a) especificar la fecha y lugar para la toma de testimonio o la presentación de libros, documentos, registros y otros bienes tangibles; (b) tomar juramento al individuo para que preste el testimonio o presente libros, documentos, registros y otros bienes tangibles; (c) resguardar de los libros, documentos y registros originales e inéditos, y otros bienes tangibles; (d) obtener o presentar copias fieles y correctas de libros, documentos y registros originales e inéditos; (e) determinar la autenticidad de los libros, documentos, registros y otros bienes tangibles producidos y proporcionar copias autenticadas de documentos originales; (f) examinar al individuo que presenta los libros, documentos, registros y otros bienes tangibles en relación a la finalidad y a la manera en la cual el respectivo elemento es o fue mantenido; (g) permitir que la autoridad competente de la Parte requirente provea las preguntas escritas a las que la persona que presenta los libros, documentos, registros y otros bienes tangibles deba responder con relación a los elementos producidos; (h) realizar cualquier otro acto que no esté en violación de las leyes o que riña con la práctica administrativa de la Parte requerida; (i) certificar tanto que los procedimientos solicitados por la autoridad competente de la Parte requirente fueron seguidos o que los procedimientos solicitados no pudieron ser seguidos, con una explicación de la desviación y la razón por la cual no se siguieron”.

27 Como se detalla en el artículo 5, apartado 1, del Acuerdo.

Es posible denegar la asistencia solicitada por causas variadas²⁸. Las tradicionales son que la revelación de la información sea contraria al orden público, o que la información -en virtud de las leyes de la Parte requerida- esté sujeta a secreto profesional²⁹ o contenga algún secreto empresarial, industrial, comercial o profesional, o un procedimiento comercial (sin calificar como tal la información en poder de instituciones financieras sólo por ese motivo). Tampoco existe obligación de adoptar medidas administrativas contrarias a las leyes y prácticas administrativas (siempre que esto no se extienda a las obligaciones en general referidas a la información en poder de los bancos o sobre la propiedad de sociedades). Además, la Parte requerida no está obligada a proporcionar información que la Parte requirente no estaría en condiciones de obtener bajo sus propias leyes. Por otra parte, dado que el plazo de prescripción previsto en la legislación de la Parte requirente rige en el intercambio, se proporcionará la información solicitada, aunque los impuestos estén prescritos en la Parte requerida.

En principio, una solicitud de información no podrá ser rechazada si el contribuyente cuestiona la obligación tributaria. Sólo cabría rechazarla si la información se solicitase para hacer cumplir una disposición legal tributaria de la Parte requirente que discriminara contra un nacional de la Parte requerida, siendo más gravosa en comparación con un nacional de la Parte requirente en las mismas circunstancias³⁰.

28 Conforme se desprende del artículo 6 de este Acuerdo.

29 El propio precepto aclara explícitamente que, por tal, debe entenderse “la información que revelaría comunicaciones confidenciales entre un cliente y un abogado, cuando dichas comunicaciones se realizan con el fin de recabar o prestar asesoramiento jurídico, o la finalidad de ser utilizados en los procedimientos judiciales existentes o previstos”.

30 En el propio Acuerdo se aclara que un nacional de la Parte requirente sujeto al impuesto por su renta mundial no está en las mismas condiciones que un nacional

Cualquier información enviada o recibida junto con la solicitud será tratada en forma confidencial y sólo podrá revelarse a *personas o autoridades (incluidos los tribunales y organismos administrativos) en la jurisdicción de la Parte requirente encargados de la determinación, cobro, cumplimiento, enjuiciamiento o la resolución de apelaciones en materia de los impuestos objeto de este Acuerdo; o a organismos de supervisión en la medida que sea necesario para que personas, autoridades u organismos de control puedan cumplir con sus respectivas responsabilidades.* Esas personas o autoridades utilizarán esta información solamente para esos fines. Podrán revelar la información en procesos judiciales públicos o en decisiones judiciales³¹.

Asimismo, la información podrá ser usada para los propósitos fijados en el Tratado de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal entre las Partes, firmado el 11 de abril de 1991, cuando la Parte requerida otorgue su consentimiento previo por escrito.

También es preciso el previo y expreso consentimiento por escrito de la Parte que facilita la información, antes de revelarla a otro país.

Los gastos ordinarios derivados de la prestación de asistencia serán por cuenta de la Parte requerida y los extraordinarios por la Parte requirente; salvo que las autoridades competentes acuerden lo contrario³².

La capacidad de acordar procedimientos y soluciones, o de compartir técnicas es crucial. En los próximos años, de

de la Parte requerida no sujeto al impuesto por su renta mundial; y que estas disposiciones no se interpretarán como un impedimento para el intercambio de información con respecto a los impuestos establecidos por las Partes sobre los beneficios de las sucursales o en los ingresos por primas de los aseguradores extranjeros.

31 Así se indica en el artículo 7 del Acuerdo.

32 Este criterio recogido en el artículo 8 es acorde con los planteamientos comúnmente aceptados en la regulación de la asistencia mutua desde sus orígenes.

la flexibilidad de este margen conferido a las autoridades competentes va a depender la eficaz puesta en práctica del Acuerdo. Al típico procedimiento de acuerdo mutuo, según el artículo 9 para resolver dificultades o dudas entre las Partes sobre la aplicación o interpretación, se suman los detalles procedimentales que la faciliten -hasta diseñando formularios que promuevan un uso más eficaz de la información conforme habilita el artículo 11-. Todo ello a la vez que el artículo 10 hace posible el intercambio de conocimientos técnicos, y permite conjuntamente desarrollar nuevas técnicas de auditoría, así como identificar y estudiar áreas de incumplimiento.

Este Acuerdo desprende sus efectos para solicitudes que se hagan en o a partir del 18 de abril de 2011, con respecto a asuntos que correspondan a períodos fiscales que comiencen en o partir de tres años anteriores al 30 de noviembre de 2010.

V. Observaciones finales

El hecho de que se haya concluido satisfactoriamente la docena de acuerdos necesaria para modificar la percepción actual de Panamá por gran parte de la comunidad internacional en nada empece la posible firma en el futuro otros nuevos convenios³³, siguiendo el camino ya emprendido.

Aunque es verdaderamente prematuro aventurar cuál será la tendencia de los Estados que ya han conseguido un primer lavado de su imagen, sí parece verosímil que una vez introducidos en la dinámica del intercambio de información,

33 Entre los Estados Contratantes en posibles rondas negociadoras sobre los Convenios para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta, cabría apuntar a Bélgica, Irlanda, República Checa, Israel y Suiza.

se continúe en la línea aperturista, porque cada vez son más los efectos potenciales de las redes convencionales que acaban inevitablemente cruzándose.

En cuanto a las críticas formuladas por algunos revisores que apuntaban la preferencia de Panamá por afrontar sus compromisos mediante la firma de Convenios para evitar la Doble Imposición internacional, siendo reacio a firmar acuerdos específicos de intercambio de información tributaria, cabe acallarlas. Es cierto que ya se ha firmado un primer acuerdo de este tipo con Estados Unidos y, por otra parte, es comprensible que a la hora de entrar en el campo de juego mundial el nuevo Estado Contratante desee hacerlo acompañando el mecanismo del intercambio de información con el tratamiento integral de las distintas rentas.

A pesar de que la fuerza de los hechos, probablemente en un futuro bastante lejano, acabe imponiendo un convenio multilateral, por el momento las apuestas de muchos Estados están siendo más limitadas. En tanto se gane experiencia y puedan contrastarse empíricamente los beneficios reales que el mecanismo de intercambio de información lleva aparejados, es posible que se afronte este nuevo reto.

En paralelo, durante los próximos años, será necesario prestar una atención constante a la evolución más o menos uniforme que puedan experimentar los distintos centros de servicios financieros internacionales³⁴. El caso de la ágil transición vivida en Panamá puede servir de ejemplo a los que busquen un claro referente en un contexto similar.

34 SPIRES, W.: The FSC report: the premier report on the world's leading international financial services centres, Campden, London, 2011. RIVERA CASTILLO, R: "Tax competition and the future of Panama's offshore center", Tax notes international, Vol. 29, no. 1, 2003, p. 73-90.

Desde luego, todo dependerá de la disposición política del gobierno de turno y de las auténticas posibilidades a la hora de encontrar Estados contratantes interesados en la firma de Convenios o Acuerdos que permitan intercambiar la información con trascendencia tributaria³⁵.

Quizás la firma tratados regionales³⁶ y multilaterales pueda resultar una especie de atajo, pues los frutos del esfuerzo negociador pueden englobar a varios países³⁷. Sin embargo, habrá de procederse con cautela, comprobando las limitaciones efectivas que, principalmente a través de las reservas formuladas, puedan haberse introducido por cada Estado contratante.

35 KOMMER, V. VAN: "Small and less-developed jurisdictions and their struggle to comply to international standards", *Asia-Pacific tax bulletin*, Vol. 17, no. 1, 2011, p. 26-29.

36 ANAMOURLIS, T.; NETHERCOTT, L.: "The EU-US ("Brussels") Agreement on European Banking Secrecy and the effect on tax information exchange agreements", *Bulletin for international taxation*, Vol. 65, no. 1, 2011.

37 Por ejemplo, el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Fiscales se abrió a la firma en Estrasburgo el 25 de enero de 1988. Hasta la actualidad ha sido ratificado por diecisiete Estados y firmado por otros siete (entre los que se cuentan, desde 2010, México y Corea).
<http://conventions.coe.int> a 23 de agosto de 2011.

LEGALIDAD, PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y CALIDAD DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS: APORTACIONES DEL DERECHO COMPARADO¹

Adolfo Martín Jiménez
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Cádiz
adolfo.martin@uca.es

Abstract: En los últimos tiempos se viene achacando a las normas tributarias una preocupante falta de calidad. El presente trabajo parte de la tesis de que un procedimiento de elaboración de las normas bien definido y estructurado es el presupuesto indispensable para tener normas tributarias de calidad. Por ello es necesario pensar cómo se define la política fiscal y se redactan las normas tributarias, ya que una mejora en el procedimiento, con más tiempo dedicado a la definición de la política fiscal, con la participación de los sectores afectados, una mayor publicidad y más y mejor actividad del Parlamento en las fases iniciales puede no sólo mejorar la calidad normativa, sino también realzar la legitimidad de la norma tributaria y reducir la conflictividad en este ámbito. En este sentido, se demuestra que existen experiencias en Derecho comparado que serían fácilmente

¹ El presente trabajo constituye la base de la intervención del autor en las *Jornadas metodológicas J.García Añoveros*, celebradas en el Instituto de Estudios Fiscales el 18 junio 2009, con el título “La calidad jurídica de la producción normativa en materia tributaria en España: ¿qué puede aportar el Derecho comparado?” El autor agradece los valiosos comentarios a una versión preliminar de este artículo de F. ESCRIBANO, Universidad de Sevilla, NÉSTOR CARMONA, AEAT, y TEODORO CORDÓN, Consejo para la Defensa del Contribuyente. Ni que decir tiene que ellos ni necesariamente comparten todas las afirmaciones u opiniones de este trabajo ni son responsables de los posibles errores del mismo.

importables a España y tendrían efectos beneficiosos sobre la calidad de las leyes y reglamentos en materia tributaria.

Palabras clave: Procedimiento de elaboración de la política fiscal y las normas tributarias – Fases iniciales de definición de la política fiscal – Redacción de las normas tributarias – Publicidad y consulta con los sectores afectados – Papel del Parlamento en la legislación tributaria – Experiencias de Derecho comparado.

Sumario:

1. Introducción
2. La fase de elaboración de la política fiscal: estructura administrativa y diseño de una política fiscal adecuada
3. Elaboración de proyectos de ley o reglamentos / reformas tributarias concretas
4. Publicidad de las reformas tributarias y consulta con los sectores afectados
5. Los proyectos de leyes tributarias y el Parlamento
6. El caso específico de Nueva Zelanda
7. Conclusiones

1. Introducción

En la actualidad, existe una cierta preocupación en diversos países por la situación de la legislación tributaria y su calidad: el Parlamento ha perdido peso en su función de control del Ejecutivo y frecuentemente se limita a aceptar, sin modificaciones o con cambios menores, las propuestas legislativas que el Gobierno le presenta². Desde una perspectiva de Derecho comparado, las causas de la pérdida de importancia del Parlamento en su función de control al Ejecutivo, de contrapeso al poder de éste, al menos, en materia tributaria, son fundamentalmente dos:

- El propio sistema de Gobierno del país en cuestión. Allí donde el Ejecutivo controla el juego de mayorías parlamentarias (o, si se quiere, al revés, donde el Ejecutivo ha salido de la mayoría parlamentaria) el papel del Parlamento va a ser bastante reducido en el ámbito tributario, ya que, ningún Gobierno dejará que sus políticas fundamentales en materia de ingresos –y, en su caso, gastos—sean rechazadas en sede parlamentaria, por las consecuencias que ello podría tener. Por la misma razón, la falta de control directo del Parlamento, en términos de mayorías, también tiene un impacto cierto sobre las medidas que se presentan (o no) por el Ejecutivo a consideración del Legislativo.
- La falta de formación y conocimientos técnicos, con carácter general, de los miembros parlamentarios en materia tributaria provoca, en no pocas ocasiones, desinterés en una legislación habitualmente

2 Acerca de la primacía del Gobierno en los procedimientos legislativos tributarios en Holanda, vid. HAPPE y GRIBNAU, “Constitutional Limits to Taxation in a Democratic State: The Dutch Experience”, *Michigan State Journal of International Law* vol. 15, 2007, p. 425-428. Sobre los distintos modelos de relación entre el Ejecutivo y el Parlamento, vid. BIRD “Managing the Reform Process”, International Tax Program Institute for International Business Rotman School of Management, University of Toronto, ITP Paper 0301, 2003, p. 6.

compleja, que no se comprende bien y, en relación con la cual muy pocos congresistas o senadores están en condiciones de entablar debates técnicos con los miembros del Gobierno.

En este procedimiento, además, si el Gobierno, no tiene una política fiscal clara y bien definida la Administración tributaria podría convertirse en el órgano dominante (especialmente si se concede un papel más relevante al órgano encargado de la aplicación del ordenamiento tributario y no del diseño de la política tributaria). Si así ocurre, las propuestas de la Administración tributaria (órganos encargados de la aplicación del sistema tributario) prevalecerán incluso frente al Parlamento, ya que las leyes tributarias, en muchas ocasiones, “responderán” al interés de la Administración³, sin que ningún otro órgano pueda realmente constituir o representar un equilibrio cierto al “interés fiscal” de aquélla⁴. Cuanto más cerrado y menos transparente es el procedimiento legislativo, menor posibilidad hay de que las iniciativas legislativas de la Administración sean corregidas, complementadas o desechadas en las distintas fases de elaboración de las normas.

En descargo de la Administración tributaria hay que decir que las ideas expresadas en el párrafo anterior son sólo una parte del problema y no siempre la fundamental o más importante. En no pocas ocasiones, las fuerzas que guían el juego político llevan a sus protagonistas a adoptar decisiones

3 HAPPE y GRIBNAU, *supra.* note 2, p. 427.

4 Sólo los tribunales (europeos, constitucionales o de la jurisdicción ordinaria), ejerciendo un mayor activismo judicial, pueden constituir un cierto contrapeso al “interés fiscal”. En este sentido se pronuncian también HAPPE y GRIBNAU, *supra.* note. 2, p. 427-428, para quienes “el fracaso del legislativo (parlamentos) a la hora de ejercitar controles adecuados sobre el gobierno y la administración tributaria ha llevado a intentos de los tribunales de llenar este vacío . . . Los tribunales están más dispuestos a elaborar reglas que restrinjan el ejercicio del poder administrativo y que incluso protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a vulneraciones del legislativo”.

apresuradas, poco meditadas, coyunturales u oportunistas, que no están guiadas por ninguna suerte de reflexión, de política fiscal clara, o de interés general. Y, en estos casos, la Administración se convierte en “víctima”, que sufre la falta de política fiscal tanto o más que los ciudadanos, ya que se ve en la difícil posición de tener que actuar como correa de transmisión de decisiones incoherentes, técnicamente poco pulidas o directamente cuestionables. En definitiva, la falta de calma con que, en ocasiones, se solicitan los cambios de la legislación en materia tributaria, la ausencia de reflexión sobre las estrategias a seguir o las modificaciones a realizar en las fases de formulación de una política fiscal, produce los efectos que todos conocemos y que la propia Administración también sufre: falta de claridad y calidad de la norma, soluciones técnicamente desacertadas, trasplantes de Derecho comparado (o desarrollo del Derecho comunitario) que cualquier comisión técnica hubiera desechado a poco que se pensase sobre ellos etc. La falta de medios y presupuestos en los órganos dedicados a la redacción de normas tampoco ayuda mucho, más bien lo contrario, en el proceso de elaboración normativa⁵.

Lo cierto es que una reconsideración del procedimiento a través del cual se elaboran las leyes desde sus fases iniciales, cómo surgen las ideas de reforma y cómo se redactan los anteproyectos de leyes / borradores de reglamentos o cómo debe intervenir el Parlamento y relacionarse con quienes elaboran los borradores de las normas tributarias (leyes o reglamentos) puede contribuir no sólo a mejorar sustancialmente la calidad normativa sino, lo que es más importante, a tener una política tributaria más o menos definida y reflexionada y unas normas que gocen de mayor legitimidad social, reduciendo por ello la conflictividad entre

5 Sobre la Administración tributaria en general, sus problemas y estructura, en el contexto de los procesos de reforma fiscal, vid. BIRD “Administrative Dimensions of Tax Reform”, *Asia Pacific Tax Bulletin*, marzo 2004, p. 134 y ss.

Administración y contribuyentes⁶. Como certeramente indica ARNOLD, la mejora del proceso legislativo puede contribuir a una mejora permanente en términos de calidad legislativa⁷. Así lo ha reconocido también el fj 8 de la STC 150/1990, el cual atribuye especial importancia a la técnica legislativa, aunque no considere que las deficiencias de las normas tengan, en la mayoría de los casos, relevancia constitucional⁸.

- 6 La literatura sobre procedimientos legislativos no es abundante, especialmente interesantes resultan los siguientes trabajos: GORDON y THURONYI, “Tax Legislative Process”, en THURONYI (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, IMF y Kluwer, Washington, 2000, p. 1-2 (con una perspectiva general, basada en la experiencia desde la óptica del IMF); o DIRKIS y BONDFIELD, “At the Extremes of a ‘Good Tax Policy Process’: A Case Study Contrasting the Role Accorded to Consultation in Tax Policy Development in Australia and New Zealand”, *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy* vol. 11, n. 2, 2005, 250-276 (centrado en los casos australiano y neozelandés, aunque no específicamente orientado a analizar desde un punto de vista crítico los procedimientos legislativos, sino, más bien, a reflexionar sobre una determinada forma de hacer las normas basada en principios); o ARNOLD, “The Process for Formulating International Tax Policy and Legislation”, Capítulo II de su libro *Reforming Canada’s International Tax System: Towards Coherence and Simplicity*, Canadian Tax Paper n. 111, Canadian Tax Foundation, 2009, p. 21 y ss. (centrado, en este caso, en la formulación, o para ser más exactos, en cómo debería formularse la política tributaria en materia de fiscalidad internacional en Canadá).
- 7 ARNOLD, supra. nota 6, p. 21 y ss. Al mismo tiempo, como el propio ARNOLD, “Australian Tax Rewrite”, *Revenue Law Journal* vol. 19, issue 1, 2009, p. 1, indica “frecuentemente la legislación tributaria es compleja y confusa porque la política fiscal subyacente es compleja y confusa, o el procedimiento para diseñar tal política y redactar la legislación es defectuoso”.
- 8 STC 150/1990, fj 8: “hay que comenzar por recordar que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos. Resulta inexcusable en este contexto el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa tributaria abaricable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura o incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia. Sin embargo, lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad; siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.º 1 CE) que las Leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como desacertadas e inoportunas a otros (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.º)”. Sólo allí donde la norma sea directamente arbitraria (que no posea una finalidad razonable o esté desprovista de fundamento) cabra defender la existencia de

En buena lógica, una reflexión sobre el procedimiento de elaboración de normas tributarias sólo tiene sentido si se considera que la situación en nuestro país no es la ideal o puede ser susceptible de mejora. Y así es. Como los últimos tiempos demuestran, la política fiscal meditada o estratégica brilla por su ausencia y el proceso político está dominado por decisiones más o menos coyunturales, poco o nada reflexionadas (v.gr. deducción de los 400 euros en el IRPF, cheque bebé, la regulación de la exención por reinversión en el art. 42 TRLIS, etc.); la incardinación de la Dirección General de Tributos en el Ministerio de Economía y Hacienda puede provocar en ocasiones una cierta desconexión o escisión entre el órgano que diseña la “política tributaria” y el ejecutor, la AEAT (a pesar de que nos consta que existen esfuerzos ciertos de coordinación); al mismo tiempo, la estricta dependencia --para bien y para mal-- de la DGT del poder político puede determinar que existan normas que respondan no a un interés técnico o estratégico, sino a decisiones coyunturales de naturaleza política; el “interés fiscal” --entendiendo por tal el propio de la AEAT-- en no pocas ocasiones, y en detrimento de los contribuyentes, domina el contenido de las leyes (v.gr. LGT 2003⁹, Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal); la práctica administrativa sobre “transparencia” y “consulta a los afectados” deja mucho que desear, ya que sólo se someten a observación pública las

un vicio de inconstitucionalidad, acerca de la interpretación del principio de interdicción de la arbitrariedad por el TC, vid. nuestro trabajo, MARTÍN JIMÉNEZ, *Los supuestos de responsabilidad en la LGT (hacia una configuración constitucional y comunitaria de la responsabilidad tributaria)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 98 y ss.

- 9 Así, por ejemplo, llama poderosamente la atención que la LGT en el punto 1 de su Exposición de Motivos reconozca como “virtud” (porque los blindo frente a ataques de legalidad) que al texto de la LGT se hayan incorporado “los preceptos reglamentarios de mayor calado en materia de procedimiento de inspección, recaudación, procedimiento sancionador, recurso de reposición, etc.”. Un claro ejemplo de la situación de primacía del “interés fiscal” de la AEAT lo expone, PÉREZ ROYO, “El privilegio general de los créditos tributarios (según la ‘interpretación auténtica’ contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)”, *Quincena Fiscal* nº 1/2007.

normas en las fases finales de elaboración de un borrador, pero no las fases iniciales de realización de una reforma o definición de la política tributaria, con la consecuencia de que el efecto de las consultas es nulo o marginal; y, por último, la calidad técnica de algunas de nuestras normas, en los últimos tiempos, es manifiestamente mejorable (v.gr. las reformas en materia de responsabilidad tributaria realizadas por la Ley 36/2006 o la LGT¹⁰, el caos que ha provocado la técnicamente desacertadísima modificación del art. 16 TRLIS en materia de operaciones vinculadas por la Ley 36/2006 y su posterior, desproporcionado y poco afortunado, desarrollo reglamentario¹¹, la traslación de las reformas de la legislación comunitaria vía una resolución DGT al ámbito interno, las múltiples redacciones del art. 42 TRLIS en los últimos tiempos, la falta de reacción a tiempo a las exigencias del Derecho comunitario en materia de imposición directa, en no pocas ocasiones, por desconocimiento de las consecuencias de éste etc.). Y, en fin, tampoco es que el Parlamento español venga sirviendo de contrapeso corrector de estos problemas¹².

A la vista de la actual situación del ordenamiento español, las normas tributarias de carácter legal o reglamentario son muy mejorables, en gran medida, porque el procedimiento de elaboración de leyes y reglamentos no produce resultados satisfactorios. En este sentido, las experiencias de Derecho comparado (o incluso de Derecho de la Unión Europea)

10 Vid. al respecto MARTÍN JIMÉNEZ, *supra*. nota 8, por ejemplo, en relación con la responsabilidad por levantamiento del velo o por contratas y subcontratas, pp. 304 y ss.

11 Vid., al respecto, las distintas contribuciones en CARMONA FERNÁNDEZ (coord.), *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, Ciss, Valencia, 2009; o CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid, 2010.

12 Así lo pone de manifiesto CAZORLA PRIETO, “La técnica legislativa en la nueva LGT”, en ARRIETA/COLLADO/ZORNOZA (dir.), *Tratado sobre la LGT*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2010, p. 44, cuando denuncia la limitada participación de las Cámaras en la redacción de Proyectos de Ley, entre ellos la LGT 2003, y el escaso ejercicio de la función de control del Ejecutivo en el examen del contenido de los textos legislativos.

pueden ser útiles para poner en perspectiva la situación española en dos fases bien diferenciadas: en la elaboración por el Ejecutivo de los Proyectos de Ley / Reales Decretos y en la aprobación de las normas con rango de ley por el Parlamento. Al mismo tiempo, es preciso que se garantice en España una participación más amplia en la formulación de las políticas fiscales, de manera que se complemente el trabajo de la DGT / AEAT y se garantice una consulta con los sectores afectados, en relación con los cambios fundamentales, en todas las etapas del procedimiento legislativo (algo que no contradice en nada la interdicción de la iniciativa legislativa popular del art. 87.3 CE). Es relevante también que se mejoren las relaciones Ejecutivo / Parlamento, realzando el papel de este último o dándole protagonismo desde la fase inicial de elaboración de las normas con rango de ley¹³. Finalmente, una mención específica merece el caso de Nueva Zelanda, que tiene el procedimiento más singular de elaboración de normas tributarias que conocemos y del que, probablemente, pueden extraerse algunas enseñanzas válidas para España.

Por último en este epígrafe introductorio, es menester hacer una aclaración. Los modelos de Derecho comparado que seguimos son muy diferentes al nuestro en dos sentidos. En primer lugar, recogemos influencias anglosajonas (Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda), con estructuras legislativas y de Gobierno distintas a las españolas pero con experiencias “deseablemente importables” a España sin cambios excesivamente traumáticos. Y es que, a pesar de las diferencias, es la literatura anglosajona, hasta donde conocemos, la que con mayor intensidad e interés ha reflexionado sobre los procedimientos legislativos y la calidad de las normas en materia tributaria. No olvidamos tampoco lo que ha ocurrido en la Unión Europea en algunos

13 El problema, como venimos diciendo, no es exclusivo de España. Sobre la insatisfactoria situación en Canadá, vid. ARNOLD, *supra*. nota 6, p. 28.

procedimientos de reforma de las normas tributarias. En segundo lugar, de manera residual también se hará referencia a la experiencia en los últimos tiempos en algún paraíso fiscal ya que, si bien estos ejemplos pudieran resultar exóticos desde nuestra cultura jurídica, cómo se han gestado y ejecutado las reformas fiscales de los últimos años en estos territorios puede tener interés desde la perspectiva que adopta el presente trabajo¹⁴.

2. La fase de elaboración de la política fiscal: estructura administrativa y diseño de una política fiscal adecuada

Como GORDON y THURONYI identifican la necesidad de elaborar nueva normativa tributaria puede tener distintas causas: nuevas directrices de política tributaria, cambios en la economía, cierre de lagunas identificadas, malas opciones de política legislativa previa, redacción o administración¹⁵. A estos factores hay que añadir, como motor o catalizador de cambios, la necesidad de tener ordenamientos tributarios competitivos con respecto a otros Estados o de responder a las “directrices” de organizaciones internacionales o los principios comúnmente aceptados desde una perspectiva internacional, de manera que el ordenamiento nacional resulte homologable al de otros Estados (v.gr. iniciativas de la OCDE en los distintos campos, G-20 etc.).

La respuesta a los distintos factores que hacen necesaria la reforma de la legislación tributaria, o si se

14 Muchos podrían pensar que poco o nada tenemos que aprender de los “paraísos fiscales” y que resultara ridículo ofrecer la experiencia de estos territorios como contrapunto a la española. En línea de principio, podríamos estar de acuerdo con esta idea, pero este trabajo parte del aprovechamiento de las experiencias de Derecho comparado y no de prejuicios apriorísticos o metodológicos y, en este sentido, hemos pretendido recoger aquello que pudiera ser útil para España y no descartar sin fundamento la experiencia de ningún país.

15 GORDON y THURONYI, *supra*. note 6, p. 1.

responde a tiempo con las reformas adecuadas, depende, en gran medida, de la arquitectura administrativa (además de política) del país en cuestión. Es decir, la estructura de la Administración tributaria (entendida en sentido amplio) no es irrelevante a la hora de obtener una legislación de buena calidad.¹⁶ A este respecto, la literatura especializada viene indicando que no es conveniente separar de forma rígida los tres mayores componentes de la elaboración de una política fiscal (la función de desarrollo de políticas, análisis técnico y redacción de las normas)¹⁷. Por lo anterior, una separación, más o menos, rígida entre quienes hacen las normas y quienes las aplican (como ocurre en ocasiones, no siempre, entre la DGT y la AEAT) no es la mejor fórmula de éxito en términos de calidad para las normas tributarias, pues provoca que los primeros frecuentemente no tengan datos sobre los efectos de las normas que hacen, ni sobre los problemas que se generan en su aplicación, especialmente si la información no fluye automáticamente entre quienes aplican la norma y los que tienen la iniciativa de reforma de las mismas. La consecuencia de esta situación es que se condiciona de esta manera “la política tributaria” al “cortocircuitar” la función de propuesta legislativa y seguimiento de la aplicación del sistema tributario.

La creación de unidades específicas multidisciplinares (integradas por economistas, abogados, técnicos de la Administración tributaria), que asuman la función de “dirección o asistencia” en la política legislativa, seguimiento y análisis de los cambios necesarios y redacción de las normas concretas, puede resultar clave para garantizar unas normas con objetivos realistas, sensatos, técnicamente acertadas

16 Vid. al respecto BIRD, “Managing the Reform Process”, supra. nota 2, o BIRD, “Administrative Dimensions of Tax Reform”, supra. note 5, pp. 147 y ss.

17 ARNOLD, “The Process of Tax Policy Formulation in Australia, Canada and the New Zealand”, *Australian Tax Forum* vol. 7, issue 4, 1990, p. 7.

y proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar¹⁸. Especialmente interesante, en relación con la estructura administrativa idónea para el diseño y monitorización de una política fiscal, puede ser la experiencia australiana, donde el Gobierno ha creado un órgano (“Board of Taxation”) cuasi independiente que asesora al Tesoro en materia de política legislativa y seguimiento y control de la aplicación del ordenamiento tributario¹⁹. No menos interés presenta la versión modificada de este órgano (“Tax Policy Review Board”) que ARNOLD propone para Canadá²⁰. Tal Comisión tendría las siguientes características²¹:

1. Una composición mixta, es decir, estaría integrada por personal cualificado de la Administración (órganos directivos o sus representantes) y de fuera de ella. Idealmente, la Comisión debería estar compuesta por un número reducido de personas que tuviese la flexibilidad y recursos para establecer grupos de trabajo o proyectos más amplios.
2. Independencia con respecto a la Administración tributaria o a los órganos encargados de hacer propuestas legislativas, garantizada por la puesta a disposición de la Comisión de recursos suficientes para cumplir con su misión. Necesita, a estos efectos, poco personal, pero debe tener los medios

18 BIRD “Administrative Dimension of Tax Reform”, supra. note. 5, p. 147, propone la creación de estas unidades multidisciplinares dedicadas al análisis y diseño de la política tributaria y al apoyo de la propia Administración tributaria en el nivel de impulso y redacción de nuevas normas o de identificación de los problemas existentes y cómo afrontarlos. En parte, en la actual estructura de la DGT, derivada del RD 1127/2008, la Subdirección General de Política Tributaria cumpliría esta función, sin embargo, su ubicación en la DGT, como órgano de ésta, y relativo aislamiento frente a la AEAT puede ser una limitación para que realmente se asimile a la comisión que BIRD menciona.

19 Acerca de la Tax Board australiana, vid. la página web www.taxboard.gov.au.

20 ARNOLD, supra. nota 6, pp. 29-32.

21 Las ocho características siguientes son un resumen de las que ARNOLD, supra. 6, pp. 29-32, considera que debe tener la Comisión en Canadá.

adecuados para involucrar en cada proyecto que desarrolle a las personas que tengan la capacidad y conocimientos en la materia objeto de estudio.

3. No debe tratarse de un órgano subordinado a los encargados en el Ejecutivo de formular la política tributaria, pero tampoco de un órgano al que se consulta sólo si los directores de política legislativa así lo desean. Idealmente, la Comisión debe tener independencia (presupuesto) suficiente para desarrollar sus propios proyectos, incluso si desde los órganos directores de la política tributaria no se está de acuerdo con ellos.
4. A fin de cumplir con su misión, la Comisión debe tener acceso a toda la información que manejan los órganos directores de la política fiscal o la Administración tributaria y los recursos para llevar a cabo investigaciones económicas o jurídicas propias.
5. La posición institucional de la Comisión es un tema delicado, ya que debe ser lo suficientemente independiente de los órganos directivos de la Administración tributaria y de quienes formulan la política tributaria como para poder llevar a cabo sus propios proyectos sin estar subordinada a los intereses de otros, pero, al mismo tiempo, tampoco sería de mucha ayuda, más bien lo contrario, una Comisión que esté continuamente enfrentada a la Administración o a los órganos directivos.
6. Lo más útil sería que la Comisión desarrollara proyectos concretos en relación con temas que requieren especial atención y no tanto reformas tributarias radicales que son difíciles de llevar a cabo. Al mismo tiempo, la Comisión debería estar

encargada del seguimiento de las principales reformas legislativas que se lleven a cabo, de manera que pueda llegar a conclusiones acerca de si una determinada reforma logra sus objetivos o, por el contrario, resulta nociva para los contribuyentes, la Hacienda Pública o ambos.

7. Los resultados de los trabajos de la Comisión deben ser publicados y deben contener recomendaciones explícitas al Gobierno en materia de política y legislación tributaria. El Gobierno no debería estar vinculado por las conclusiones de la Comisión. No olvidemos que se trata de un complemento o ayuda a la dirección de la política tributaria, no de un sustitutivo de los órganos directivos. ARNOLD propone que, de alguna forma, debería controlarse la razón por la que se rechazan determinadas conclusiones o recomendaciones de la Comisión, aunque a nuestro juicio bastará probablemente con que el Parlamento tenga acceso a los trabajos de la Comisión o que estos sean publicados para que pueda pedir explicaciones en sede de comisiones o plenarias acerca del rechazo de sus propuestas.
8. La Comisión debiera estar en contacto casi permanente con la comunidad empresarial, los profesionales de la asesoría fiscal, el público en general o incluso con los tribunales en relación con los asuntos que está estudiando.
9. La Comisión, y esto ya no lo menciona ARNOLD, en definitiva, se constituye como un órgano de creación de “soft-law” nacional que, por ello, también podría pronunciarse sobre la conveniencia y los medios de traslación al ordenamiento español del “soft-law” internacional (OCDE, Unión Europea etc.).

Una mención específica requieren también los grupos de trabajo o comisiones como motores de las reformas tributarias y una legislación de calidad, que pueden ser un complemento de Comisiones del tipo de las mencionadas en párrafos anteriores o bien operar de manera independiente. Es frecuente encontrar en diversos países, y esto ocurre con los paraísos fiscales frecuentemente (Isla de Man, Guernsey, Liechtenstein) pero también en países que no tienen tal estatuto, como Holanda o Canadá, “comités”, permanentes o creados ad hoc, para reformas fundamentales, dedicados a establecer directrices de política legislativa o a revisar la legislación tributaria y a proponer cambios a la normativa existente²². Tales comités o grupos deben tener, en primer lugar, una composición multidisciplinar (abogados, funcionarios, contables, economistas etc.),²³ además de contactos fluidos con la Administración tributaria y el sector privado (distintas asociaciones sectoriales o profesionales), así como suficiente capacidad de realizar o encargar trabajos de investigación²⁴.

En las fases iniciales de una reforma es deseable que tales comités estudien las distintas opciones de política tributaria y formulen propuestas, en un primer momento, de principios, como paso previo a la elaboración del borrador normativo²⁵. Las conclusiones o trabajos del grupo en materia de política tributaria (no sobre borradores normativos) deben ser publicadas y consultadas con otros órganos de la

22 Es interesante la siguiente observación que aparece en el Documento de modificación de la Estrategia Tributaria de la Isla de Man de Octubre de 2002 (“Modifications to Taxation Strategy”, Treasury Department Isle of Man, www.gov.im/lib/docs/treasury/incometax/pdfs/modification/pdf, p. 12): “A taxation strategy is a living document. In this global environment it has to be constantly reviewed to ensure it remains in step with the economic changes taking place both domestically and internationally”.

23 Como BIRD, , “Managing the Reform Process”, *supra* note 2, p. 26, indica, “Una buena planificación de la política fiscal debe involucrar a economistas, abogados, administradores y —no debe olvidarse— discusiones adecuadas con los contribuyentes”

24 GORDON y THURONYI, *supra* note. 6, pp. 3-4.

25 GORDON y THURONYI, *supra* note. 6, p. 6-7.

Administración (v.gr. órganos reguladores de los mercados financieros u otros, Ministerios competentes) o incluso con los sectores afectados²⁶. Curiosamente, esta es la forma de proceder de las distintas reformas fiscales en curso o realizadas recientemente en diversos en diversos países (Suiza, Canadá), en el Derecho comunitario (v.gr. reforma de la Directiva del Ahorro) o incluso en algunos paraísos fiscales (Liechtenstein, Isla de Man²⁷), donde los resultados de estas fases preliminares –de fijación de principios o bases de una reforma– son hechos públicos y sometidos incluso a un proceso de observaciones o alegaciones por el público en general. Una variante de este tipo de grupos de trabajo son los constituidos en diversos Estados (Reino Unido, Nueva Zelanda o Australia) y dedicados al estudio de la simplificación o reducción de la complejidad del ordenamiento tributario, o bien a la redacción de forma más clara de las normas tributarias²⁸

3. Elaboración de proyectos de ley o reglamentos / reformas tributarias concretas

Las anteriores consideraciones se refieren a la fase de elaboración de una política tributaria, que, como se viene argumentando, debe diferenciarse de la fase de redacción de los borradores de normas (anteproyectos de leyes, reglamentos etc.). Pues bien, a la hora de elaborar propuestas / proyectos de reforma completos también el Derecho comparado ofrece algunas ideas interesantes, con

26 Vid. el epígrafe 4 sobre la publicidad de las reformas tributarias y la consulta a los afectados.

27 Sobre la estrategia fiscal de la Isla de Man, vid. www.gov.im/treasury/incometax/strategy/tax.xml.

28 Vid. acerca de la experiencia neozelandesa, con referencias al Reino Unido y Australia, SAWYER, “Rewriting Tax Legislation: Reflections on New Zealand’s Experience”, *Bulletin of International Fiscal Documentation* vol. 57/2003, p. 578-588. Sobre los problemas en Australia de este proyecto, vid. igualmente ARNOLD, “Australian Tax Rewrite”, supra note 7.

independencia de que la formulación la realice un comité ad hoc o permanente, una oficina específica (vinculada a la Administración o al Parlamento) o un órgano similar a la DGT española. En primer lugar, parece deseable que quienes estuvieron involucrados en la elaboración de los principios de política tributaria deban también estarlo en la redacción de la norma, de manera que se asegure que la misma traslada fielmente las recomendaciones elaboradas en fases posteriores.

Allí donde la Administración tributaria es la encargada de elaborar el borrador del proyecto de ley (esto es, no elabora simplemente propuestas de principios que luego se pasan a una oficina parlamentaria encargada de la redacción de la norma, como ocurre en algunos países) es deseable o aconsejable establecer en esta fase inicial, al menos cuando se inicie una consulta pública, los primeros contactos con el Parlamento o, quizás, con oficinas o comisiones parlamentarias encargadas del estudio y examen de las leyes tributarias, que no sólo servirán para tener en cuenta el punto de vista del Parlamento y minimizar los problemas en la tramitación posterior, sino también para “educar” al propio Parlamento acerca de los objetivos de la reforma y cómo se pretenden llevar a cabo²⁹.

Tras estas fases, en relación con la redacción concreta de la norma también surgen algunas cuestiones interesantes. Una de las recomendaciones más relevantes que contiene el Informe sobre Legislación (“Final Report on Legislation”) del Institute for Fiscal Studies – Tax Law Review Committee del Reino Unido se refiere a la necesidad de que cada proyecto de ley e incluso las normas reglamentarias contengan un

29 Acerca de la intervención del Parlamento en estas fases preliminares, vid. GORDON y THURONYI, *supra.* note. 6, p. 7-8. Vid. igualmente el Informe “Making Tax Law: Report of a Working Party on the Institutional Processes for the Parliamentary Scrutiny of Tax Proposals and for the Enactment of Tax Legislation”, IFS Discussion Paper n. 3, Londres, 2003, pp. 9-11; así como el epígrafe 5.

“memorandum explicativo” (no una mera “exposición de motivos” general), que sea también publicado y remitido al Parlamento, en el que se aclare cuál es la finalidad de la reforma, cómo se entiende que debe operar la nueva legislación, se pongan ejemplos específicos y se incluya toda la documentación que sea de utilidad. Tales memoranda deben referirse a los artículos o grupos de ellos de la legislación y necesariamente deben estar a disposición del Parlamento, o incluso deberían aprobarse por éste junto con la legislación (o rechazarse conjuntamente con ésta); igualmente, deberían publicarse en “compendios”³⁰. En realidad, esta recomendación se sigue en la legislación de la Unión Europea donde las propuestas de la Comisión se acompañan de una explicación técnica detallada de la norma propuesta que, a posteriori, resulta de gran utilidad para interpretar la misma.

4. Publicidad de las reformas tributarias y consulta con los sectores afectados

No menos relevantes son las recomendaciones del Informe del IFS (“Final Report on Legislation”) acerca de qué debe hacerse con la legislación una vez que se tiene un borrador, proyecto o idea clara de la reforma que pretende llevarse a cabo. Como el Informe reconoce, una de las mayores limitaciones de un proceso legislativo, todavía en la fase que corresponde al Ejecutivo, es el tiempo, por esta razón, las consultas con sectores implicados no deben dejarse para el final, deben realizarse en fases iniciales, tanto acerca de la política a seguir como sobre la redacción de una norma³¹. Si

30 Institute for Fiscal Studies- Tax Law Review Committee, “Final Report on Legislation”, IFS, Londres, 1996, especialmente capítulo 5.

31 Id., capítulo 7, p. 33. Sobre esta cuestión, vid. igualmente el Informe “Making Tax Law: Report of a Working Party on the Institutional Processes for the Parliamentary Scrutiny

el proyecto se realiza deprisa, sin consulta, o con consulta sólo al final del proceso de redacción, la calidad de la norma es probable que se resienta, ya que será difícil que quienes redactaron la misma vuelvan otra vez a darle una nueva redacción que implique modificaciones sustanciales a la vista de los comentarios recibidos. Es decir, una consulta pública, como ocurre en España, una vez se tiene un borrador normativo no es útil, ya que los comentarios se producen en una fase demasiado tardía como para tener influencia en la política tributaria o en las decisiones que subyacen a los borradores normativos³².

Lo deseable, como ya se ha indicado, es que se siga la práctica de Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda, donde es habitual que el Departamento responsable haga público, al menos, un “documento de discusión” que fija las propuestas gubernamentales a grandes rasgos y solicita que opinen las partes interesadas³³. A estos efectos, resulta muy interesante que, por ejemplo, en el Reino Unido exista un Código de Buenas Prácticas³⁴ acerca de cómo deben realizarse consultas con el sector privado, con una serie de recomendaciones, de entre las cuales destaca que la consulta debe desarrollarse en una fase en la que todavía las respuestas puedan influir sobre la norma en proyecto (criterio 1). Lo anterior no implica que la fase formal de consulta pública no pueda estar precedida de contactos informales con los sectores implicados o de la integración de éstos en grupos de trabajo de los que salgan propuestas de política legislativa o proyectos de normas. Los resultados

of Tax Proposals and for the Enactment of Tax Legislation”, IFS Discussion Paper n. 3, Londres, 2003, pp. 5-7.

32 Vid., en este sentido, ARNOLD, *supra*. note 6, p. 24, 28-29.

33 En relación con la práctica en materia de consultas públicas en Australia y Nueva Zelanda, *vid.*, desde un punto de vista crítico, DIRKIS y BONDFIELD, *supra*. note. 6.

34 HM Government, Code of Practice on Consultation, disponible en www.berr.gov.uk/files/file47158.pdf.

de la consulta deberían siempre ser públicos, como sugiere el Código de Buenas Prácticas del Reino Unido (criterio 6, recomendación 6.5) o es frecuente en la Unión Europea (v.gr. en todo el procedimiento de reforma de la Directiva sobre Fiscalidad del Ahorro)³⁵.

Y quizás sobre la cuestión de la “publicación” o anuncio de “eventuales” cambios normativos conviene detenerse un momento, ¿qué debe publicarse? ¿la decisión política de hacer un cambio, la política fiscal a seguir o el borrador de la norma concreta, o ambas cosas? El Informe del IFS defiende que los cambios políticos deben ser anunciados con antelación, de forma completa y debe desarrollarse una consulta pública a estos efectos, de manera que la legislación y su aplicación se difiera hasta que una norma satisfactoria haya sido elaborada, aunque algunos problemas de este modo de proceder también son considerados (v.gr. ¿supone eso que los cambios legislativos deben ser retroactivos a la fecha de publicación del anuncio de política legislativa?, ¿estamos ante una legislación por anuncios públicos?). A nuestro juicio, la entrada en vigor y aplicación efectiva de los cambios es algo distinto de la publicidad de los mismos o de las conclusiones de las distintas fases de reforma, y su retroactividad o no dependerá de la situación específica, del ordenamiento concreto y de los límites de orden constitucional que existan en el mismo.

Lo cierto es que los anuncios de política legislativa, o de la necesidad de cambios de ciertas normas son frecuentes en la práctica comparada, sobre todo, allí donde el Gobierno tiene una política fiscal relativamente definida, clara y de los objetivos que pretende conseguir, ya sea fruto de directrices

35 A estos efectos, la práctica de la OCDE de publicaciones de borradores sujetos a comentarios públicos es también interesante. Sin embargo, en el plano interno, la consulta con los afectados debe realizarse en fases más tempranas, de elaboración de la política tributaria, no con los textos ya casi cerrados y sin que se sepa a ciencia cierta a qué orientación responden o cuál es su finalidad.

políticas o del trabajo desarrollado en grupos constituidos al efecto. Curiosamente, y por razones que se entenderán fácilmente, algunos paraísos fiscales proceden de esta manera: se anuncia la política legislativa, la necesidad de cambio, las razones que impulsan el cambio y los objetivos que se pretenden conseguir y se abre un período de consultas con los sectores implicados, previo al anuncio o posterior al mismo, pero siempre con carácter previo a la publicación del borrador de la norma. Así ha ocurrido en la Isla de Man³⁶, Liechtenstein³⁷ o Suiza³⁸. Sin embargo, este procedimiento no es exclusivo de países con una tributación más o menos favorecida y, así, por ejemplo, “policy announcements” pueden encontrarse en la página web de la Casa Blanca, inicialmente como líneas de principio generales de lo que se quería hacer en la legislatura desde que fue elegido Presidente Barack Obama, con posterioridad, anuncios más concretos de las medidas que se quieren adoptar, explicando sucintamente las razones para hacerlo³⁹.

En cualquier caso, no debe perderse de vista la importancia de un proceso de “anuncio de cambios” y “consultas públicas” bien dirigido y desarrollado, ya que su función puede ser doble: por un lado, obtener información sobre cómo conseguir, de la mejor manera posible y con el menor coste para los afectados, los objetivos de política tributaria, y, por otro, sirve como elemento de legitimación

36 En cuya página web se pueden encontrar los documentos básicos de la estrategia fiscal de la Isla desde el año 1998 así como los sucesivos cambios a la misma y las razones para ello.

37 Reforma de 2007 de la Imposición sobre Sociedades, donde primero un “working group” redactó el “Liechtenstein Tax Road Map”, entre noviembre de 2006 y enero de 2007; el Gobierno discutió este Mapa con los sectores afectados y lo aprobó y publicó en febrero de 2007 en su página web; sobre esta base el grupo de trabajo preparó unas líneas básicas de reforma, publicadas en abril de 2008, y se encargó de elaborar un proyecto de ley que será consultado nuevamente con los afectados.

38 Reforma del IS anunciada por el Consejo Federal, vid. TNS de 15 de diciembre de 2008 o Nota de Prensa del Consejo Federal de 10 de diciembre de 2008, en www.news-service.admin.ch, el anuncio estaba precedido de las recomendaciones de un grupo de trabajo.

39 Vid. www.whitehouse.gov/issues/taxes/.

del proyecto de ley / reglamento, lo cual debería facilitar su aprobación parlamentaria (allí donde la norma tenga, lógicamente, rango de ley), aunque tal proceso no puede convertirse en el sustitutivo trámite parlamentario⁴⁰.

Y, sobre todo, como ARNOLD apunta⁴¹, debe subrayarse algo que ya se comentó con anterioridad: para que la consulta pública sea relevante debe realizarse en todo el proceso de reforma, desde la primera fase de definición o articulación de principios de política legislativa hasta la segunda de consulta sobre borradores concretos, ya que un procedimiento de comentarios públicos sólo en la segunda fase de redacción definitiva de las normas (como en la actualidad ocurre en España), llega demasiado tarde. En este sentido, la publicación de un “borrador de discusión” en el que se identifique qué se quiere reformar, las opciones desde el punto de vista político abiertas, y la solución preferida por el órgano encargado de definir la política tributaria, junto con las razones para defender tal opción, puede ser una buena práctica a seguir. A continuación debería darse un período para que los interesados presentaran sus conclusiones o comentarios, que se publicarían también. Se abriría entonces una segunda fase de revisión o de concreción de algunas de las opciones formuladas en el primer “borrador para discusión” y, finalmente, de redacción de la norma, cuyo borrador debe nuevamente tener la adecuada publicidad y ser sometido a discusión pública⁴². Quizás no todas las normas deban seguir este procedimiento, pero sí aquéllas (legales o reglamentarias) que tengan un calado fundamental o sean especialmente relevantes.

40 Institute for Fiscal Studies, “Making Tax Law: Report of a Working Party on the Institutional Processes for the Parliamentary Scrutiny of Tax Proposals and for the Enactment of Tax Legislation”, IFS Discussion Paper n. 3, Londres, 2003, p. 6-7.

41 ARNOLD, *supra*. nota 6, p. 28-29

42 ARNOLD, *supra*. nota 6, p. 28-29.

Conviene, sin embargo, aclarar alguna cuestión acerca de las consultas públicas. Como DIRKIS y BONDFIELD apuntan, un Gobierno está ahí para gobernar, para dirigir la política del país, en este caso, la tributaria, no para seguir los dictados de lo que otros le digan o impongan. Las consultas públicas lo que aportan es transparencia y responsabilidad en el proceso de formulación de normas tributarias, la genuina voluntad de que lo que el Gobierno hace, realmente, está orientado a la sociedad y es para la sociedad, con la que debate seriamente acerca de sus necesidades y prioridades, frente a la que tiene que explicarse y a la que tiene que convencer de la bondad de sus proyectos. Si bien un proceso de consultas públicas organizado tiene un coste, en términos de tiempo y recursos, lo cierto es que cualquier reforma que dé una cierta pausa, que ralentice el proceso de producción de normas tributarias, de manera que se hagan de forma más reflexionada y mejor fundada no puede sino merecer alabanzas y no críticas⁴³. Al margen de que los eventuales costes en esta fase inicial se compensarán con creces con el menor coste de aprobación, ejecución y aceptación (menor litigiosidad) de las normas aprobadas.

5. Los proyectos de leyes tributarias y el Parlamento

Es frecuente que en las democracias se critique el papel del Parlamento en el procedimiento de elaboración de leyes tributarias: la mayoría de los Parlamentarios no tienen conocimientos específicos en la materia, ni tiempo, capacidad o formación para estudiar con detalle las propuestas que se les presentan por el Gobierno y mucho menos para rebatir, desde el punto de vista técnico, las mismas. Ello convierte en el Derecho comparado al Parlamento en terreno abonado para los grupos de interés, que, si son capaces de

43 DIRKIS y BONDFIELD, *supra* nota 6, p. 270-271.

convencer a un determinado partido u otro de la bondad de sus propuestas, pueden conseguir en el Parlamento lo que jamás lograrían en el Ministerio que redactó el Proyecto de Ley⁴⁴. Al mismo tiempo, existe el riesgo de que eventuales pactos políticos, sin ningún fundamento técnico, acaben imponiéndose sobre Proyectos técnicamente pulidos y bien fundados por la Administración Tributaria y, en definitiva, el Ejecutivo.

Por las razones anteriores, un Informe del Institute for Fiscal Studies del Reino Unido estudió cómo mejorar el papel institucional del Parlamento cuando considera los proyectos de ley tributarios antes de que se conviertan, mediante la aprobación parlamentaria en legislación⁴⁵. El objetivo es conseguir que el Parlamento esté en posición de revisar los proyectos de leyes tributarias que se le presentan en términos de política, detalles técnicos y ejecución detallada y pueda valorar la relativa complejidad inherente a estas propuestas⁴⁶. En realidad, como el propio Informe especifica, el problema es el siguiente:

“el presente sistema, que permite que la legislación tributaria llegue a ser publicada de la manera que se hace, refleja en parte la falta de equilibrio en el procedimiento: la ausencia en las distintas etapas del proceso de una institución que tenga el derecho de reclamar y recibir una explicación de la política y de si

44 Lo anterior no quiere decir que los órganos encargados del diseño de la política legislativa no sean permeables a las demandas de los distintos grupos de interés (públicos, como la Administración tributaria o privados): cuanto menos transparente y pública la primera fase de elaboración del borrador o proyecto de ley / reglamento, mayor campo de acción tendrán los “intereses particulares” también en relación con la iniciativa concreta.

45 Institute for Fiscal Studies, “Making Tax Law: Report of a Working Party on the Institutional Processes for the Parliamentary Scrutiny of Tax Proposals and for the Enactment of Tax Legislation”, IFS Discussion Paper n. 3, Londres, 2003 (en adelante citado como “IFS Making Tax Law”).

46 IFS Making Tax Law, p. 15.

la complejidad que presenta está justificada. El Parlamento puede ser una institución imperfecta con la que cumplir esta función pero esto no es, en sí misma, una objeción cuando el Parlamento tiene ya el papel y la responsabilidad. La imperfección se encuentra en el fracaso en el cumplimiento de su papel de forma adecuada más que en que inicialmente se le haya atribuido la responsabilidad”⁴⁷.

Cabe preguntarse, como hace el Informe, hasta qué punto lo que ocurre en la fase encomendada al Ejecutivo no está condicionado por la falta de control parlamentario de las iniciativas que éste presenta al Parlamento en materia tributaria⁴⁸. La principal propuesta del citado Informe va en la línea de involucrar al Parlamento en las fases previas a la remisión formal de un proyecto de ley por el Gobierno al Parlamento. La legislación tributaria debería ser examinada por una Comisión o Comité parlamentario específico en materia Tributaria cuyo cometido sea revisar los anteproyectos de leyes o anuncios de cambios de política legislativa con anterioridad a su remisión al Parlamento, así como toda la documentación relativa al proyecto de norma concreto. No podría actuar de oficio sino sólo en relación con los documentos que reciba del Gobierno. Tal Comité debería poder reunir sus propias pruebas y solicitar testimonios de personal del Ministerio encargado de la elaboración de la documentación examinada, de personal de la Administración tributaria, de los sectores afectados o personalidades independientes y podría, de esta forma, emitir un informe final acerca de las propuestas. Todo ello sería independiente del procedimiento que se siga una vez que el Proyecto de Ley sea presentado al Parlamento y el derecho de examen, discusión, enmienda y, en su caso, aprobación

47 IFS Making Tax Law, p. 15.

48 IFS Making Tax Law, p. 15.

que a esta institución es inherente en un procedimiento legislativo formal, sin perjuicio de que, en el ejercicio de tales facultades se tenga en cuenta la labor y los informes de la Comisión o Comité específicos. Lógicamente, el Comité debería contar con los recursos y personal adecuados para la función que desarrolla y este personal no debiera estar integrado exclusivamente por Parlamentarios⁴⁹.

En fase parlamentaria es interesante también la experiencia del Parlamento Europeo, en concreto en materia de reforma de la Directiva de fiscalidad del Ahorro, donde la propia Comisión encargada de elaborar el Informe sobre la Propuesta de la Comisión Europea solicitó un dictamen de un órgano independiente sobre las lagunas que tal propuesta presentaba, de manera que el Parlamento propuso una reforma de la Directiva que cerraba, en gran medida, los flancos que la Comisión había dejado abiertos en la norma, sobre la base de las conclusiones del dictamen que recibió. Tal vía, la petición de dictámenes independientes a instituciones o partes implicadas puede resultar de enorme utilidad para un Parlamento donde sus miembros no tienen experiencia contrastada o conocimientos técnicos suficientes en la materia tributaria, pues el dictamen les puede ofrecer una visión, más o menos, imparcial acerca de la legislación que tienen que aprobar o rechazar los miembros del Parlamento.

49 IFS Making Tax Law, p. 11-12.

6. El caso específico de Nueva Zelanda⁵⁰

Dentro de los países con un proceso de toma de decisiones políticas más o menos estructurado en el ámbito tributario destaca el caso de Nueva Zelanda, donde existe una especie de “soft-law” acerca de cómo debe desarrollarse el procedimiento de definición de la política tributaria y adopción de normas en esta materia⁵¹. La finalidad de este procedimiento es “asegurar un mejor, más efectivo desarrollo de la política fiscal a través de la toma en consideración, en un momento inicial, de todos los aspectos –e impactos probables– de las propuestas, así como mayores oportunidades de consulta pública”⁵².

En este sentido una reforma importante suele pasar por cinco fases distintas del proceso político (aunque, en ocasiones, es difícil que alguna de ellas aparezca en su estado puro):

1. *Estratégica*: Supone el diseño de una estrategia económica, fiscal y de ingresos en el plazo de tres años. Tales estrategias pueden ser publicadas.
2. *Táctica*: Implica el desarrollo de un programa de trabajo a tres años y un plan anual de recursos para aplicar la estrategia. En esta fase se realizan estudios iniciales sobre la política en cuestión, las diversas alternativas y su alcance y puede implicar

50 Especialmente interesante es el trabajo de DIRKIS y BONDFIELD, *supra.* nota 6, quienes no sólo “describen el modelo neozelandés” sino que, además, lo someten a una revisión crítica. Vid., igualmente, para una revisión crítica que va más allá del carácter estrictamente descriptivo de este epígrafe, SAWYER, “Proposals to Reduce Compliance Costs – A Mixed Response by the New Zealand Government”, *Bulletin for International Fiscal Documentation* vol. 56/2002, p. 333.

51 DIRKIS y BONDFIELD, *supra.* nota 6, p. 262 y ss. relatan cómo se llegó a la formulación del actual proceso de elaboración de normas tributarias en Nueva Zelanda.

52 Vid., a estos efectos, la página web www.taxpolicy.ird.govt.nz/how-we-develop-tax-policy, cuya información hemos seguido en esta sección.

que se consulte a expertos externos y se elaboren “papers” o documentos para discusión.

3. *Operacional*: Que consiste en el diseño específico de la política, consulta detallada y obtención de la aprobación. Nuevamente, la elaboración de documentos de discusión y libros blancos suele ser utilizada a efectos de consulta. Las reformas propuestas se suelen revisar a la luz de las alegaciones recibidas. Esta fase culmina en la aprobación de iniciativas que estén listas para ser llevadas al Parlamento y desarrolladas.
4. *Legislativa*: Las recomendaciones detalladas de política tributaria se trasladan a legislación. Suele llevarse a cabo de forma paralela a la fase operacional, con la que enlaza directamente, de manera que se asegura que los objetivos de política fiscal quedan plasmados en el texto escrito.
5. *Ejecución y revisión*: incluye la revisión de la nueva legislación, una vez que se ha “asentado” su aplicación, y se identifican los puntos que necesitan ser corregidos para que la nueva legislación tenga el efecto esperado. Nuevamente aquí hay consultas públicas.

La Estrategia no atribuye una competencia específica al Tesoro (Ministerio) o a la Administración tributaria (que actúan en cada momento en función de las ventajas comparativas de cada departamento), pero está claro que juega un papel crucial la División de Asesoramiento Político incardinada en el Inland Revenue (administración), que es responsable de la fase operacional, legislativa, de ejecución y revisión, y que también participa activamente en la fase estratégica y táctica de acuerdo con el Ministerio, ya que tiene como función el asesoramiento al Gobierno en materia de

política tributaria. Tal División tiene unos lazos importantes tanto con la Administración tributaria (dentro de la que está incardinada pero con una independencia importante) como con el Tesoro.

El proceso se caracteriza además por una gran publicidad del mismo en todas las etapas (algo bastante propio de la Administración neozelandesa), lo cual redundará en una mayor legitimidad de la norma final, para cuya redacción se ha tenido en cuenta la opinión de todas las partes implicadas y se ha tenido la ocasión de explicar a los distintos sectores cuáles son los objetivos de la reforma y cómo se pretenden conseguir. Lo anterior, unido al protagonismo del Comité del Parlamento (unicameral) específico encargado de las cuestiones tributarias⁵³ hacen único, al menos desde un punto de vista teórico, al sistema neozelandés en materia de formulación de la política tributaria y redacción de normas en esta materia.

7. Conclusiones

Como las experiencias de Derecho comparado revelan, la definición de una política tributaria de carácter estratégico, el procedimiento de elaboración de las normas y la calidad legislativa de leyes y reglamentos en materia tributaria están íntimamente relacionados. Un procedimiento legislativo bien definido y estructurado es uno de los presupuestos indispensables para tener una buena política fiscal y unas normas (leyes o reglamentos) de calidad, desde el punto de vista técnico y de su percepción por los contribuyentes y los sectores sociales y económicos afectados. La mejora en el procedimiento legislativo, la participación de los ciudadanos y sectores económicos encargados de aplicar la norma, o incluso de comités o comisiones parlamentarias, desde las

53 Vid. DIRKIS y BONDFIELD, *supra*. nota 6, p. 267.

primeras fases de elaboración de una política fiscal o de redacción de una norma, además de contribuir a pulir la calidad técnica, sin duda, afianzan la legitimidad social de una determinada reforma tributaria. Se podrán generar así normas mejores, más depuradas y de alta calidad, lo cual ya de por sí es importante, pero también normas más y mejor aceptadas socialmente. Y por ello serán menos conflictivas, lo que contribuiría también a reducir la carga de trabajo de los tribunales ya que la falta de calidad de las normas tributarias y sus defectos técnicos, la falta de respuesta a problemas concretos cuando se necesita o la desproporción en la respuesta de las normas a la solución de problemas está en la base del planteamiento de muchos recursos en vía judicial por los contribuyentes.

En definitiva, si algo nos enseña el Derecho comparado sobre procedimiento de elaboración y calidad de las normas tributarias es que todavía tenemos mucho que aprender en esta materia en España. Por ello, quizás, ha llegado momento de afrontar los problemas de la legislación tributaria española reflexionando acerca de si nuestro procedimiento de elaboración de leyes y reglamentos en materia tributaria o la función del Parlamento en relación con las primeras puede ser objeto de mejora. Y ciertamente lo es, por los defectos ya apuntados en la introducción de este trabajo. En este sentido, la experiencia de otros países ofrece soluciones interesantes, fácilmente importables a España reformando algunos aspectos del marco institucional que ya tenemos. Aunque en tiempos de crisis la reforma del procedimiento de producción normativa pueda generar costes, hay que mirar si tales costes iniciales no son tales, sino inversión en una política y un procedimiento de elaboración de normas tributarias que sea susceptible de “producir” mejores normas que, además, sean más aceptadas por sus destinatarios, y, en consecuencia, produzcan importantes “retornos” --en términos de menores costes de aplicación,

mayor legitimación o menor conflictividad-- para la sociedad en su conjunto.

Éste es probablemente uno de los grandes desafíos de los próximos años si se quiere (1) perfeccionar el sistema tributario español de manera que las normas tenga una mayor calidad, (2) que tal sistema y las instituciones implicadas sean mejor percibidos por los contribuyentes y sectores sociales afectados, esto es, que gocen de mayor legitimidad social y (3) se reduzcan los conflictos entre la Administración tributaria y los contribuyentes. Todos (ciudadanos e instituciones) ganaríamos mucho con ello.

EL DOBLE ESTÁNDAR DE LA OCDE EN EL FORO GLOBAL DE TRANSPARENCIA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN. LA CALIFICACIÓN DE ESTADOS UNIDOS

Por Eduardo Morgan Jr.

RESUMEN

El doctor Eduardo Morgan Jr., LL.M. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, socio fundador de Morgan & Morgan y ex embajador de la República de Panamá en Washington, D.C., brinda un excepcional y profundo análisis sobre la calificación de los Estados Unidos en el informe del Peer Review Report (GF PRR) 2011 en el que se desvela el inaceptable doble estándar de la OCDE respecto de los Estados Unidos, su principal miembro. El análisis documenta cómo los Estados Unidos predica la “transparencia y el intercambio de información para propósitos fiscales” al tiempo que ofrece a los extranjeros y a los intermediarios un blindaje completo de información a sus países de origen (con excepción de Canadá) para atraer, de esta manera, más de 10 trillones de dólares en inversiones y depósitos bancarios extranjeros. En consecuencia, el doctor Morgan corrobora lo que varios especialistas y estudios sobre el tema revelan: que los Estados Unidos es el mayor paraíso fiscal del mundo.

A pesar de que el 17 de abril de 2012 el IRS finalmente estableció regulaciones bajo la Sección 6049, para requerir de las instituciones financieras de los Estados Unidos, información sobre pagos de intereses a determinados individuos extranjeros no residentes, el doctor Morgan

señala que estas reglas, publicadas el 19 de abril en el Registro Federal, solo se aplican a depósitos bancarios en ciertas instituciones de ahorros y compañías de seguros con acuerdos para el pago de intereses a personas naturales. Peor aún, el IRS excluye deliberadamente de la obligación de reportar cuentas bancarias de extranjeros, a los clientes escudados por el acuerdo QI, y otros ingresos exentos tales como los de intereses sobre bonos o por ganancias de capital. Por tanto, para efectos de transparencia y de intercambio de información, estas reglas tienen graves defectos.

El estudio es muy relevante en el marco de los acontecimientos recientes y los debates actuales sobre “Transparencia e Intercambio de Información Tributaria”. El doctor Morgan cita numerosos estudios, documentos e informes de la OCDE y del propio gobierno de los Estados Unidos que revelan con claridad hechos que socavan gravemente la credibilidad del Foro Global. Da a conocer la conspiración de la OCDE para “prevenir que centros financieros no tradicionales compitan con sus socios en las actividades de negocios financieros” y concluye su análisis reconociendo el liderazgo de los Estados Unidos en los asuntos mundiales, e insistiendo en su obligación ética de garantizar coherencia entre su política y sus prácticas.

INTRODUCCIÓN

“El Foro Global sobre la Transparencia e Intercambio de Información para propósitos de Impuestos” es una nueva herramienta creada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con el fin de que los países y jurisdicciones que califica como centros financieros *Offshore*, no compitan con los miembros de su club. El Foro Global (FG) ha establecido el *Peer Review Report* (PRR) el cual pretende actuar como un tribunal

que juzga el cumplimiento de los llamados **“Estándares Internacionalmente Aceptados (SIC) de Transparencia y Efectivo Intercambio de Información”**. El PRR revisa y califica los mecanismos para hacerlos efectivos, incluyendo el acceso a información sobre las personas jurídicas. Su puntería va dirigida a los negocios financieros en general (bancos, fideicomisos, negocios o actividades fiduciarias) y a las personas jurídicas con carácter extraterritorial. El propósito de esta nueva invención, repetimos, no es otro que evitar que tales centros financieros compitan con sus socios en estas actividades. Esto queda ampliamente demostrado en el PRR de EE.UU., el socio principal de la OCDE. La lectura de este extenso documento y de sus conclusiones, más que la reiteración del doble estándar que utiliza la OCDE, es un agravio a la inteligencia y a la dignidad de los más de 100 otros países invitados al FG.

LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE)

La OCDE es una organización exclusiva de países ricos creada para fomentar el desarrollo de sus economías y elevar el nivel de vida de sus socios, tal como lo declaran sus estatutos¹. No es, como quiere hacer ver, *“la organización internacional encargada de establecer los estándares internacionales para la cooperación en materia fiscal”*. Las verdaderas organizaciones internacionales son aquellas

¹ Los objetivos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (en adelante denominada la “Organización”) será promover políticas destinadas a:

- (a) alcanzar un crecimiento económico sostenible y el empleo y la elevación del nivel de vida de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y así contribuir al desarrollo de la economía mundial;
- (b) contribuir a una sana expansión económica en los Estados miembros, así como en los países no miembros en proceso de desarrollo económico, y
- (c) contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de conformidad con las obligaciones internacionales (www.oecd.org)

donde hay representación de casi todos los países del mundo, como por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Marítima Internacional (OMI). La OCDE, en cambio, la integran solo 34 países.² **The Economist** la cataloga como “Club de Países Ricos” y Paul Krugman, profesor de la Universidad de Princeton y premio Nobel de Economía 2008, la califica como un *Think Tank*.

EL FORO GLOBAL

El FG fue creado para establecer parámetros para la aplicación de los principios de transparencia e intercambio de información y verificar su cumplimiento por todos los países, sean o no miembros de la OCDE. Fue diseñado por la OCDE, con la bendición del G20 para enfocarse en el intercambio de información fiscal a requerimiento sin que sea necesario que exista un interés local y sin aplicar las restricciones del secreto bancario. También toma en cuenta la protección efectiva de la confidencialidad de la información que se intercambie.

Las disposiciones que se deben seguir para cumplir con los principios del FG para el intercambio de información se detallan así:

“8. El intercambio de información con fines fiscales es eficaz cuando la información confiable que puede considerarse pertinente a los requisitos fiscales de la jurisdicción solicitante está disponible, o pueden estar

2 Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, España, Suecia, Suiza, Turquía, Inglaterra y Estados Unidos y, desde 2010, Chile, Israel y Eslovenia. Como se aprecia incluye a los siete miembros del G7, los que, a su vez, son los creadores de organizaciones tales como el Foro de Estabilidad Financiera y el Grupo de Acción Financiera (GAFI), y con un peso importante en las organizaciones económicas de las Naciones Unidas

disponibles de manera oportuna, y existen los mecanismos legales que permitan la obtención y el intercambio de la información. Para conceptualizar la transparencia y el intercambio de información es útil, por lo tanto, que abarque tres componentes básicos:

- *disponibilidad de la información*
- *acceso adecuado a la información, y*
- *la existencia de intercambio de mecanismos de información*

9. En otras palabras, la información debe estar disponible; las autoridades fiscales deben tener acceso a la información; y debe haber una base para el intercambio. Si cualquiera de estos elementos no está presente, el intercambio de información no será efectivo.”³

LAS LISTAS NEGRAS

La génesis de las llamadas “listas negras discriminatorias” se encuentra en documentos de la propia OCDE en los que se aprecia que éstas surgen como reacción a la competencia que países y jurisdicciones pequeñas, ayudadas por la revolución tecnológica, empezaron a hacerle a los centros financieros de sus socios, principalmente a los de Inglaterra y EE.UU. Para evitar esta competencia, la OCDE diseña estrategias dirigidas a eliminar totalmente la viabilidad de los nacientes centros financieros valiéndose para ello de todos los recursos imaginables, destinados a obstaculizar y desprestigiar a sus nuevos competidores.

3 Para los detalles específicos y referencia del FG, se puede consultar el sitio de Internet: <http://www.oecd.org/dataoecd/37/42/44824681.pdf>

Estos planes, diseñados en la década del 70, se mantuvieron en secreto hasta el año 2000, cuando el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE los hace públicos en el documento **“Mejorando el acceso a la información Bancaria para Propósitos de Impuesto”** (**“Improving Access to Bank Information for Tax Purposes”**), el cual puede ser consultado en el sitio de la OCDE en la Internet⁴.

La confesión del complot se encuentra en el párrafo 36 de ese extenso documento, en el que se declara que la liberalización de los mercados financieros fue promovida como:

“respuesta a la amenaza a los mercados financieros por parte de los centros financieros offshore. Estos centros, en las décadas 60 y 70 lograron atraer instituciones financieras extranjeras ofreciéndoles sistemas bancarios con regulaciones mínimas y con impuestos reducidos, en un momento en que los avances tecnológicos los hacían de fácil acceso. Como los flujos de capital a los centros financieros offshore amenazaban con afectar los mercados financieros tradicionales, se emprendieron una serie de reformas para nivelar la competencia entre los mercados financieros Onshore y Offshore. Los controles de cambio fueron eliminados. Algunos países establecieron mercados para competir directamente con los centros financieros offshore.⁵ Sumado a esto, se tomaron medidas para armonizar globalmente el marco normativo de los mercados financieros.”

Como parte de su estrategia la OCDE ordenó la creación de listas de los llamados paraísos fiscales y el estudio de medidas para eliminarlos. En 1998 publican el estudio titulado **Competencia Fiscal Dañina. Un Problema Global**

⁴ www.oecd.org/dataoecd/3/7/2497487.pdf

⁵ De aquí la creación de la banca internacional en EE.UU.

Emergente (“Harmful tax competition. An emerging global problem”)⁶ que declaraba que el plan de la OCDE incluía;

*“La elaboración de una lista de paraísos fiscales a ser completada dentro de un año a partir de la primera reunión del Foro; un número de recomendaciones para tomar acción a nivel de legislaciones a nivel nacional y en tratados fiscales”*⁷

CENTRO FINANCIERO OFFSHORE

El concepto de centro financiero *offshore* “OFC” (por sus siglas en inglés) de la OCDE revela la falta de fundamento y la prepotencia de sus planteamientos. He aquí su definición:

*“La banca offshore” o en el extranjero, generalmente se entiende como un banco que acepta depósitos y/o administra activos en moneda extranjera, a nombre de personas residentes en otra jurisdicción.”*⁸

No cabe la menor duda de que esta definición se aplica a todos los bancos de países de la OCDE; sin embargo, ellos la usaron para establecer una distinción entre ellos y el resto de los países con centros financieros. Es más, la impusieron sobre la *Financial Action Task Force (FATF)* y el FMI.

Esta dualidad la inventaron con el propósito de presionar al FMI para que hiciera inspecciones más frecuentes y más estrictas a los bancos y demás componentes del sector financiero de los países ajenos a su cartel. También sirvió de

6 www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf

7 Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue - p 9 (<http://www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf>)

8 Improving Access to Bank Information for Tax Purposes – p 22 – pie de página 12 <http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/2497487.pdf>

excusa a la FATF, creada en París en 1989 por el G7,⁹ para confeccionar sus listas negras de países no cooperadores en el control del lavado de dinero. Panamá fue injustamente incluida en esa lista a pesar de no tener casos escandalosos de lavado de dinero; de contar con los mejores controles para evitarlo y de haber sido pionera en América Latina en la creación de la Unidad de Análisis Financiero (U.A.F.), tal como lo recomendaba la GAFI (FATF). Cabe destacar, y como contraste, que los grandes y escandalosos casos de lavado de dinero¹⁰, (por ejemplo: los de Salinas de Gortari, Sani Abacha, Benazir Bhutto, Vladimiro Montesinos, los de los dictadores africanos y latinoamericanos y los 7 billones de la mafia rusa), ocurrieron todos en bancos de países pertenecientes a la OCDE; y a pesar de que la causa fue la falta de controles y del cumplimiento de la norma “*Conozca a su cliente*”, ninguno de ellos fue incluido en esa lista.¹¹ Esta información, sumada a otras fallas de la OCDE que dieron lugar a la crisis financiera, provocaron que en julio del 2008 el FMI decidiera eliminar la calificación de Centro Financiero *Offshore* y sus consecuencias, entre ellas las de inspecciones más frecuentes y estrictas, ya que había comprobado que:

*“La adhesión a las cuatro normas internacionales entre los centros financieros offshore fue ampliamente cotejable o comparable, o mejor que el promedio de otros países, lo que refleja que los ingresos son mayores que el promedio en los centros financieros offshore.”*¹²

9 http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236836_1_1_1_1_1,00.html

10 Keeping Foreign Corruptions Out of the United States: Four Cases Histories – U.S. Senate – Permanent Subcommittee on Investigations – Carl Levin and Tom Coburn – February 4, 2010 – P325 -<http://www.financialtaskforce.org/wp-content/uploads/2010/02/Levin-report-on-US-facilitators-of-Africa-corruption-FOREIGN-CORRUPTION-REPORT-FINAL-as-of-2-2-10.pdf>

11 Panamá logró rápidamente salir de esa lista negra demostrando que su sistema legal controlaba el lavado y dándole al lavado la categoría de delito autónomo

12 FMI (PIN) No. 08/82

COMPROMISO INTERNACIONAL PARA ELIMINAR LA COMPETENCIA FISCAL DAÑINA Y EL LEVEL PLAYING FIELD

A pesar de las declaraciones del FMI, la OCDE continuó utilizando las listas negras para atacar directamente a sus competidores tal como originalmente lo había planeado. Los forzaron a aceptar y eliminar la llamada competencia fiscal dañina con la amenaza que de no hacerlo serían sancionados. Casi todos los pequeños países acuerdan someterse, pero algunos de ellos, entre los cuales está Panamá, condicionaron su participación a lo que en inglés se denomina el *level playing field (LPF)*, es decir, igualdad de condiciones para todos.

Esta actitud, de países como Panamá, que no se sometieron dócilmente le crearon un verdadero problema a la OCDE ya que casi la totalidad, sino todos sus miembros, tienen características que los identifican como paraísos fiscales, entre ellos su socio principal, EE.UU., el más grande, y el más secreto pero, al mismo tiempo, el que más contribuye al presupuesto anual de la OCDE.

Estados Unidos intentó cumplir parcialmente con el LPF y el 17 de enero de 2001 el IRS propuso que los bancos dieran información de sus depósitos de extranjeros. (No así sobre otras inversiones pasivas como, por ejemplo, ganancias de capital). Esta medida causó tal grado de protesta del sector bancario y financiero, y también de influyentes congresistas y senadores, que no logró ser aprobada. Igual suerte corrió una nueva propuesta, limitando a 16 el número de países a los cuales se daría información. El 7 de enero de 2011, sin duda para disimular su incumplimiento frente al FG, el IRS presentó nuevamente la propuesta sin que a la fecha haya podido ser aprobada.¹³

13 http://www.irs.gov/irb/2011-08_IRB/ar13.html

De la discusión que surgió en EE.UU. sobre el tema, tanto en el 2001 como en el 2011, quedó claro lo siguiente:

- 1- Que EE.UU. es un paraíso fiscal para los extranjeros ya que no grava con impuesto sus inversiones pasivas, que se calculan entre 7 y 10 trillones de dólares, inversiones que tienen un impacto importante en la economía norteamericana.
- 2- Que EE.UU. no da información a terceros países (excepto a Canadá) sobre esas inversiones y que si lo hiciera su economía perdería enormes sumas de dinero. Existe amplia evidencia de esta realidad, como la carta dirigida al Presidente Barack Obama por los Congresistas del Estado de Florida y numerosas cartas y testimonios recibidos en el Senado de grupos interesados en la no aprobación de esta regulación porque afectaría severamente los intereses económicos de los EE. UU.¹⁴
- 3- Que, además de no dar información sobre inversiones pasivas, el convenio denominado **Intermediario Calificado** (QI) que el IRS celebra con intermediarios financieros extranjeros, (más de 7.000 a la fecha), les garantiza que éstos no tienen que dar el nombre del cliente cuyo dinero invierten en EE.UU. libre de gravámenes. Así les aseguran que no correrán el peligro de que la información pueda ser conocida por sus competidores norteamericanos y tampoco por las autoridades fiscales de sus países ya que ni el propio IRS estará en posesión de la misma. Es decir, ofrecen un blindaje total con el propósito

14 <http://www.eduardomorgan.com/blog/wp-content/uploads/2011/03/Carta-mar-2-11Congresistas-de-Fl-a-Obama-inf.deposios.pdf>. <http://www.eduardomorgan.com/blog/?p=1821>. Y ver audiencias <http://www.morimor.com/files/upload/LegitimidadyDefensa-Vehiculos-Juridicos-Pan-Emjr-Ag10.pdf>

de estimular las inversiones extranjeras en su economía.¹⁵

También salió a relucir en un estudio preparado por el *Congressional Research Services* (CRS) con el título “Iniciativa de la OCDE sobre los paraísos fiscales” (“*The OECD Initiative on Tax Havens*”) que EE.UU. es el poder dominante en la OCDE y que este cartel hace lo que la primera potencia mundial le ordena según se desprende de la siguiente afirmación contenida en el estudio citado:¹⁶

“La administración Bush, sin embargo, encabezada por el secretario del Tesoro, Paul O’Neill, decidió adoptar un enfoque diferente. En una declaración ante el Comité del Senado sobre Asuntos Gubernamentales del 18 de julio de 2001, el Secretario O’Neill expresó la oposición de la administración Bush a algunos de los esfuerzos de la OCDE contra los paraísos fiscales. El Secretario dijo: El informe de 1998 de la OCDE, y un informe de seguimiento publicado en junio de 2000, contenían retórica que implicaba decisiones internas de políticas fiscales primordialmente de cada país, dentro y fuera de la OCDE, incluyendo decisiones sobre las tasas impositivas. Los informes enumeraban los daños potencialmente causados por los «paraísos fiscales o regímenes preferenciales nocivos que impulsan el impuesto efectivo que grava la renta de las actividades móviles muy por debajo de las tasas en otros países». Agregó, que sentenció como “cazadores furtivos” a los sistemas fiscales que desviaban capital, flujos financieros e ingresos provenientes de la legítima base fiscal de otros países, aún a pesar de que esos sistemas proporcionan un clima de inversión más atractivo sin facilitar el no cumplimiento de las leyes fiscales de otras jurisdicciones.”

15 Muy bien explicado en la audiencia del senado sobre el caso del UBS <http://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/issues/tax-havens-and-abusive-tax-schemes>

16 James K. Jackson, *The OECD Initiative on Tax Havens* www.crs.gov R4014 march 11, 2010

“Como resultado de la posición que asumió la Administración Bush, la OCDE se retractó de sus esfuerzos para atacar las “prácticas fiscales nocivas” y cambió su enfoque hacia mejorar los intercambios de información fiscal entre los países miembros. En su declaración el Secretario O’Neil destacó que le inquietaba la noción de que cualquier país o grupo de países, interfiriera en las decisiones de cualquier otro país sobre cómo estructurar su propio sistema fiscal.”¹⁷

Es evidente que, para cuidar su paraíso fiscal, EE.UU. hace girar el timón de la OCDE cuyo lema cambia de *“Competencia Fiscal Dañina”* a *“Transparencia e Intercambio Efectivo de Información”*. De aquí surge la presión de los 12 tratados de información que los países que la OCDE coloca en listas discriminatorias deben firmar con sus socios. Además, el club de países ricos aprovechó la crisis financiera para exacerbar sus ataques a los llamados paraísos fiscales, culpándolos de la crisis que ellos mismos causaron.

Como queda visto, el poder dominante en la OCDE es EE.UU., que también lo es en el G7, G8, y ahora G20. Y es tal la contradicción entre la política y prácticas fiscales de los miembros de la OCDE en sus propios países, y la que trata de imponer a los países fuera de su club que la misma no resiste el más somero análisis. Es claro que EE.UU. contradice totalmente esa política puesto que, además de ser un paraíso fiscal, no da información a terceros y tiene en pie procedimientos para garantizar a los inversionistas extranjeros total anonimato a través del QI.

El otro absurdo que pretende mantener la OCDE es que tiene poder para crear normas de derecho internacional cuando ni siquiera en el tema relativo a los modelos de tratados para evitar la doble tributación, especialmente en

17 Id. p.11

la cláusula 26 que se refiere al intercambio de información, ha logrado uniformidad entre sus miembros. Como ejemplo este extracto tomado de un documento del *Congressional Research Service(CRS)*, que deja en evidencia este hecho:

“Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Capital:

“Los Estados Unidos, como país miembro de la OCDE, reconoce y acata las disposiciones del modelo de convenio de la OCDE sobre la renta y el capital. No obstante, los Estados Unidos cuentan con su propio modelo de convenio, actualizado por última vez en 2006, que se utiliza como base para las negociaciones de EE.UU. Estos dos modelos son compatibles, pero Estados Unidos se reserva el derecho de tener diferencias de fondo”.¹⁸

LA DUALIDAD DE LOS ESTADOS UNIDOS

Por un lado EE.UU. combate enérgicamente la evasión o elusión fiscal de sus contribuyentes, promulgando las leyes conocidas como *Tax Haven Abuse Act* y más recientemente el *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*¹⁹, que tratan de evitar que sus contribuyentes se beneficien de diferentes escalas de impuestos, o no declaren sus inversiones extranjeras. Pero al mismo tiempo favorecen la competitividad de sus empresas en la economía global permitiéndoles diferir el pago de impuestos por las ganancias que obtienen en el extranjero mientras no las remitan a EE.UU., ganancias que depositan en países o jurisdicciones que no las gravan. Por otro lado, como hemos visto, para los extranjeros son el paraíso fiscal más grande, más secreto y más seguro del

18 James K. Jackson, The OECD Initiative on Tax Havens www.crs.gov R4014 march 11,2010 http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/19418_Previous_Version_2010-03-11.pdf - p 10

19 <http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id=236667,00.html>

mundo. No solo no gravan con impuestos las inversiones pasivas de éstos en su economía, sino que la promueven con contratos como el QI que les garantiza anonimato total a los clientes de los intermediarios financieros extranjeros.

De más está decir que ni la OCDE, ni ninguno de sus países miembros, se atreve a destacar este doble estándar del gran imperio, lo que hace todavía más inmoral y ridícula, la campaña de la OCDE contra países que no forman parte de su cartel.

Estados Unidos es la economía más grande del mundo. Su comercio, sus inversiones en el extranjero, y las inversiones de los extranjeros en su economía reflejan esta realidad. Como queda demostrado, son también el paraíso fiscal que recibe más inversiones pasivas que la suma total de las inversiones que reciben el resto de los países. Estas inversiones tienen la doble condición de no estar sujetas a impuestos y ser secretas para las autoridades fiscales de donde son contribuyentes los inversionistas. Sin embargo, en el extenso y complejo PRR no se hace referencia a la existencia del QI ni a que no grava los intereses ni las ganancias de capital de los depósitos bancarios de extranjeros ni que no da información sobre éstos a terceros países (excepto a Canadá).

Lo que más llama la atención es el hecho cierto de que los EE.UU. no cuentan con los mecanismos para que los países afectados puedan obtener esa información, que es, precisamente, lo que predica la OCDE con su tesis de **“El Foro Global sobre la Transparencia e Intercambio de Información para propósitos de Impuestos”**, y trata de imponer a las demás países del mundo.

En el análisis del PRR no hay ninguna mención a esta realidad. La soslaya completamente y se limita a explicar en detalle únicamente los casos en que sí dan información,

que guardan relación con inversiones gravables que son usadas por la parte interesada y países para justificar las deducciones de impuestos en EE.UU. o para beneficiarse de las tarifas preferentes que se establecen en Tratados para evitar la Doble Tributación (TDT). Un ejemplo sería la retención de dividendos que en muchos TDT se acuerda compartir entre el país de la fuente (EE.UU.) y el país de residencia del contribuyente.

A continuación se analiza el PRR de EE.UU. tal como aparece en el Resumen Ejecutivo, en el cual se evalúa el cumplimiento del país con los principios internacionalmente aceptados de transparencia e intercambio de información para propósitos de impuestos, según lo determina la OCDE.

Resumen Ejecutivo

(Refleja el marco legal y regulatorio a febrero 2011)

- 1. Este informe resume el marco legal y regulatorio para la transparencia y el intercambio de información en los Estados Unidos, así como la aplicación práctica de ese marco. La norma internacional que se establece en los Términos de Referencia del Foro Global para monitorear y revisar el progreso hacia la Transparencia e Intercambio de Información, se refiere a la disponibilidad de información relevante dentro de una jurisdicción, la capacidad de la autoridad competente para tener acceso oportuno a la información y, a su vez, si esa información puede ser intercambiada eficazmente con los asociados en el intercambio de información.*
- 2. Los Estados Unidos son la economía más grande del mundo y cuentan con un sofisticado entorno regulador. Su sistema tributario, es en particular*

muy complejo y crea extensas obligaciones sobre todas las personas que tienen vínculos económicos con Estados Unidos, para el pago de impuestos, el reporte de transacciones y para la presentación de declaración sobre ingresos gravables; y por lo general se someten a la autoridad del IRS. El poder del IRS para obligar a suministrar información en poder de personas sujetas a su jurisdicción es muy fuerte y su uso con fines de intercambio de información en materia fiscal está bien respaldado por los tribunales de EE.UU.

3. *Los Estados Unidos firmaron su primer tratado de impuestos en la década de 1930 y actualmente cuenta con una extensa red de acuerdos de intercambio de información que cumplen con los estándares internacionales y cubren a todos los asociados pertinentes. Los requisitos para la confidencialidad y la conservación de los derechos y las garantías están establecidos. Estados Unidos también es signatario fundador del Consejo Conjunto de Europa/ Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Cuestiones de Tributación de la OCDE.*
4. *Cada año los Estados Unidos procesan un gran número de solicitudes de información, además de un programa de intercambio tanto espontáneo, como automático. En promedio Estados Unidos responde a aproximadamente 1.000 casos por año (generalmente cada uno conlleva solicitudes múltiples de información); y de forma automática el intercambio es de aproximadamente 2.5 millones de ítems de información por año. La unidad de intercambio de información dentro del IRS está, en general, bien entrenada y organizada.*

Los agregados fiscales de las oficinas de todo el mundo facilitan el intercambio de información en ciertas áreas geográficas clave. Las directrices para el intercambio de información prevén plazos específicos en los que las solicitudes deben ser procesadas, incluyendo proporcionar respuestas provisionales en los casos complejos.

- 5. Los socios de los Estados Unidos en el intercambio de información han mostrado satisfacción general con el programa de intercambio de información con EE.UU. En ciertos casos, se han planteado asuntos específicos sobre la disponibilidad de información y sobre el tiempo requerido para procesar las solicitudes, en particular con respecto a las solicitudes para información bancaria.*
- 6. El poder del IRS para obtener información con fines fiscales es extenso y está acoplado con fuertes poderes coercitivos. Estos poderes se utilizan con regularidad y los tribunales de Estados Unidos han sido claros en su opinión de que estos poderes pueden ser utilizados para obtener información con el propósito de responder a una solicitud de información en virtud de un mecanismo de intercambio de información.*
- 7. En cuanto a la disponibilidad de la información, el marco legal y regulatorio está, en general, establecido para todas las entidades y convenios para mantener la propiedad y la información de la identidad a través de la aplicación de las disposiciones fiscales federales, así como leyes estatales aplicables. Las Sociedades de Responsabilidad Limitada que tienen un solo propietario podrían ser descartadas como entidades separadas de sus dueños para efectos del impuesto federal de renta. Cuando la LLC no*

tiene dueño en EE.UU., no está involucrado en un comercio o negocio de EE.UU., no tiene empleados o actividad en los Estados Unidos (tales como cuenta bancaria o financiera en los EE.UU.), ni tienen fuente de ingreso en EE.UU. y no está, de otra manera, sujeta a impuestos federales, impuestos de empleo de consumo, de conformidad con las leyes estadounidenses de impuestos federales la información sobre el dueño de esa entidad no estará disponible. La información puede ser retenida en conformidad con la Ley Orgánica del Estado de la formación de la entidad aunque esto no está garantizado en todos los casos. Se han introducido cambios a ciertas normas federales sobre la revelación de información que afectan a dichas entidades, aunque no está claro que estos cambios garantizarán que la información de propiedad esté disponible en todos los casos.

8. *La información relativa a los fideicomisarios, fideicomitentes y beneficiarios de fideicomisos que están sujetos a la ley de impuestos federales, la ley contra el blanqueo de capitales, o la ley estatal, está disponible. La legislación tributaria, en general, requiere que se mantengan los registros contables adecuados. Sin embargo, los requisitos para mantener registros adecuados de contabilidad no se aplican necesariamente a sociedades de Responsabilidad Limitada con un único propietario que no está sujeto a la ley de impuestos u otros requisitos de conservación de registros.*
9. *El sistema de impuestos de los EE.UU. impone una amplia gama de impuestos y de obligaciones de reportar información. Las personas que desean ocultar sus asuntos por los impuestos u otras razones,*

por lo general no están dispuestas a exponerse a la autoridad del IRS. El marco legal y regulatorio para el intercambio de información en los Estados Unidos está establecido. Ciertas circunstancias se presentan, en particular, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada con un solo dueño que no está sujeto a los requisitos de presentar declaración de impuestos federales; cuando la información requerida no existe o no pueda ser obtenida por las autoridades norteamericanas y esta deficiencia debe ser atendida. En general, hay que señalar que en la práctica estos problemas, cuando surgen, son pequeños en comparación con la totalidad del programa de intercambio de información de los Estados Unidos.

ANÁLISIS Y COMENTARIOS AL RESUMEN EJECUTIVO

1. El primer párrafo es relevante solamente en relación con “impuestos pagados en EE.UU.” por inversiones sujetas a impuestos pero no a aquellas inversiones pasivas de extranjeros no residentes que no están sujetas a impuestos. Por esta razón las apreciaciones y conclusiones en los párrafos 2 a 6 no son correctas ya que las políticas y casos que menciona no se aplican a la inversión extranjera en la economía de EE.UU que no paga impuestos y que son, aquí, el punto de discusión. El PRR debió haber citado tanto al IRS como a Congresistas norteamericanos para ilustrar que, de hecho, EE.UU. no cumple con los principios del FG. En el Anexo I de este trabajo incluimos tanto la propuesta del IRS de dar información de depósitos bancarios de extranjeros no residentes, como la carta de los representantes del Estado de Florida en el Congreso de EE.UU. oponiéndose a esa medida. El PRR no puede

aducir ignorancia de estas realidades y el hecho de que EE.UU. no los citara en su muy extensa presentación no es excusa para que en el PRR se hayan omitido. Esto revela un inaceptable doble estándar por parte de una organización que se presenta como internacional y de apoyo al concepto del *Level Playing Field*. Es obvio que los tratados para evitar la doble tributación requieren que las partes verifiquen cualquier impuesto pagado en jurisdicción extranjera. El PRR plantea estos casos que constituyen la mayor parte de las solicitudes de información procesadas por los EE.UU. Este informe, simplemente, no plantea las inversiones pasivas de extranjeros no sujetos al pago de impuestos a EE.UU.; son invisibles para el IRS y, por supuesto, para los gobiernos de los inversionistas extranjeros, precisamente los que persigue la OCDE en sus ataques a los llamados paraísos fiscales. En este respecto yace el real propósito de las reglas y principios de transparencia y el intercambio efectivo de información. En este contexto, el mismo EE.UU. es un paraíso fiscal y también jurisdicción secreta que no provee información ni tiene mecanismos establecidos para hacerlo.

La complacencia del GF es tal en este extenso documento que no hace referencia alguna al QI, lo que es la negación absoluta de los principios de la OCDE contra la evasión de impuestos, la transparencia y el cambio efectivo de información. Adicionalmente, que contraviene la regla de disponibilidad de información del FG. El QI entre el IRS y los intermediarios financieros extranjeros tiene como fin atraer a la economía de EE.UU. inversión pasiva libre de impuestos con garantía de anonimato total para los clientes de los intermediarios.

El blindaje es tan completo que ni el propio IRS es informado de la identidad de los inversionistas; la

única condición que se exige es que no sea utilizado para contribuyentes norteamericanos. Así, cualquier extranjero puede invertir libre de impuestos y sin que su gobierno pueda obtener información de EE.UU. El sonado caso del UBS y la multa, sin precedente que le fuera impuesta, \$700 millones de dólares, responde a que ciudadanos norteamericanos o sujetos gravables en EE.UU., mantenían depósitos en el UBS en violación del acuerdo de QI. Esto va en sentido contrario a todas las leyes y medidas que EE.UU. toma para evitar que sus contribuyentes puedan hacer lo mismo en el extranjero.²⁰ En el Anexo II se incluye parte de un documento tomado del Senado de EE.UU. en el que se da una explicación franca y abierta de lo que es el QI.

2. En los párrafos 7 y 8 nuevamente el PRR desconoce el incumplimiento de EE.UU. sobre la regla “conozca a su cliente” o “beneficiario de las personas jurídicas” para poder dar información a terceras partes. Cuesta trabajo creer que el PRR no tuvo acceso al demoledor informe de la *Government Accountability Office* (GAO) titulado **“Company Formations, Minimal Ownership Information is Collected and Available”**²¹ de abril del 2006, preparado para el Senado y que dio lugar a que el Senador Carl Levin presentara ese mismo año un proyecto de ley para obligar a los Estados a identificar los clientes de las personas jurídicas. Este informe de la GAO tuvo, además, amplia difusión en los medios de comunicación de EE.UU. y del mundo entero por las graves deficiencias que destaca en la formación de sus personas jurídicas y los ejemplos que da del uso de las mismas en actividades ilegales, tanto en EE.UU. como en países extranjeros, a tal punto que ni el FBI con toda su capacidad investigativa logró ubicar a los infractores. A la fecha el proyecto Levin,

20 PRR | El FATCA, por ejemplo.

21 PRR | <http://www.gao.gov/new.items/d06376.pdf>

no ha sido aprobado a pesar de que el tenaz Senador lo ha presentado en el 2006, el 2008, 2009 y el 2011 para recibir continuamente la fiera oposición de los senadores de Nevada y Delaware, los estados que más negocios hacen con la incorporación de personas jurídicas, de las cuales un porcentaje altísimo son vendidas en el extranjero. Más que increíble, parece un chiste que en el PRR no se haya mencionado ni el informe de la GAO, ni el proyecto Levin el cual, en sus considerandos, dice, entre otras cosas, que:

“El Congreso concluye lo siguiente: (1) cerca de 2.000.000 de empresas y sociedades de responsabilidad limitada se están formando bajo las leyes de los Estados cada año. (2) Muy pocos Estados obtienen información válida sobre los propietarios efectivos de las corporaciones y sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo a sus leyes.”²²

Tanto en el estudio de la GAO como en las audiencias del senador Levin sobre el tema de las personas jurídicas, se destaca que las LLC norteamericanas son las que más se venden, particularmente en países extranjeros. El informe PRR soslaya decir que las LLC que se venden a extranjeros que no tienen operaciones en EE.UU. no son sujeto fiscal para EE.UU. y tampoco tienen que presentar declaraciones de impuestos por lo que son totalmente invisibles para el IRS y que por la falta de la obligación de conocer al cliente (Know Your Client Policy - KYC) hace muy difícil sino imposible, ubicar a los beneficiarios. Esta es, precisamente, una de las observaciones principales que hace el informe de la GAO y que cita el senador Levin para justificar su proyecto de ley.

Tal parece que los burócratas responsables de redactar el PRR no están familiarizados con los trabajos del profesor

22 PRR | <http://www.levin.senate.gov/newsroom/press/release/levin-grassley-introduce-bill-to-combat-us-corporations-with-hidden-owners>

Jason Sharman, que en sus investigaciones destaca la falencia de los países socios de la OCDE de aplicar el principio “Conozca a su cliente”, del cual se hizo eco la conocida publicación **The Economist** en su edición de Marzo 2009. El profesor Sharman, concluye que en países ricos es mas fácil formar compañías cuyos beneficiarios son imposibles de encontrar, que en los pequeños y más pobres, y que los Estados Unidos es el peor transgresor. En el Anexo III se incluye copia de la exposición de motivos del Proyecto Levin y quienes quieran profundizar en el tema pueden acceder en el sitio web del Senado que incluye las audiencias y las presentaciones en favor o en contra del proyecto.

3. El párrafo 9 del PRR desestima la premisa del PRR que se incluye como esencial en el párrafo 1:

*“Este informe resume el marco legal y regulatorio para la transparencia y el intercambio de información en los Estados Unidos, así como la aplicación práctica de ese marco. La norma internacional que se establece en los Términos de Referencia del Foro Global para monitorear y revisar el progreso hacia la Transparencia e Intercambio de Información, se refiere **a la disponibilidad de información relevante dentro de una jurisdicción, la capacidad de la autoridad competente para tener acceso oportuno a la información y, a su vez, si esa información puede ser intercambiada eficazmente con los asociados en el intercambio de información.**”*

Por supuesto que EE.UU. tiene un Sistema Tributario comprensivo y los mecanismos y los poderes para hacerlo efectivo a tal punto que le han dado alcance extraterritorial para obligar a los bancos y entidades financieras de otros países a reportarle sobre transacciones de sus contribuyentes en el extranjero.

Pero lo que interesa a la OCDE y al FG es lo relativo a la disponibilidad de la información para que las autoridades fiscales puedan tener acceso a los ingresos de sus contribuyentes en otros países, en este caso en EE.UU. No hay mención en este apartado ni en ninguna parte del PRR de que una de las condiciones que hace atractivo el invertir en EE.UU., mediante depósitos bancarios o, bonos del Tesoro o de empresas y en sus bolsas de valores, no es tan sólo que no son gravadas con impuestos sino que no se da información al IRS sobre las mismas ni tampoco a sus países de origen. La última propuesta fallida al IRS de suministrar información debió ser suficiente razón para que el PRR calificara con una merecida mala nota a EE.UU. y conminarlo a que aprobara sin más dilación la propuesta de dar información. Pero dejemos que sea el propio IRS, no nosotros quien contradiga este párrafo del Resumen Ejecutivo. (Esta información es tomada textualmente del *Federal Register* y se refiere a la proposición del IRS del 7 de enero del 2011:

Disposiciones

El 17 de enero de 2001, el IRS y el Departamento del Tesoro publicaron un aviso de propuesta de reglamentación (REG 126, 100 – 00) en el Federal Register (66FR 3925, corregida en el 66FR 15820 y 66 FR 16019) Sección 6049 (propuestas de regulación 2001) que establecería que los intereses de depósitos bancarios pagados en EE.UU. a un individuo extranjero no residente deberían ser informados al IRS. El 2 de agosto de 2002 el Departamento del Tesoro y el IRS publicaron un aviso de propuesta de reglamentación (REG-133254-02) en el Federal Register (67FR 50386) que retiraba este reglamento y propuso regulaciones más restringidas (la normativa de 2002) que requerirían que solamente se reportaran pagos de intereses a individuos

*extranjeros no residentes que son residentes de ciertos países determinados o, a opción del pagador, en el pago de intereses a todos los beneficiarios extranjeros no residentes que reciben intereses sobre depósitos bancarios. En virtud de la normativa de 2002 actualmente en vigor, los informes sobre intereses bancarios de EE.UU. sólo se necesitan si el interés se paga a una persona de los EE.UU. o un extranjero no residente que sea residente de Canadá. Estas reglamentaciones propuestas eliminan la normativa de 2002 y proponen nuevas regulaciones que extienden los requisitos de reportar información que incluya los intereses bancarios de depósitos pagados a individuos extranjeros no residentes, que sean residentes en cualquier país extranjero. Esta extensión es apropiada por varias razones. En primer lugar, desde que en 2002 los proyectos de reglamentos fueron divulgados, hay un creciente consenso global acerca de la importancia del intercambio de información cooperativa a efectos fiscales que se han desarrollado. Se han alcanzado acuerdos significativos en los estándares internacionales para el intercambio de información, incluyendo, por ejemplo, el entendimiento de que el intercambio de información no estará limitado por el secreto bancario o por la ausencia de un interés fiscal doméstico. En segundo lugar, requerir la notificación rutinaria al IRS de todos los intereses de depósitos bancarios en EE.UU. pagados a cualquier individuo extranjero no residente, fortalecerá aún más el programa de intercambio de información de los EE.UU. de conformidad con las disposiciones adecuadas para la reciprocidad, la utilidad y la confidencialidad respecto de la información. Por último, esta ampliación contribuirá a mejorar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes de los EE.UU. porque dificultará evadir el sistema de información de los EE.UU. (como por ejemplo, a través de afirmaciones falsas de condición de extranjero).*²³

23 El 17 de abril de 2012, después de remitir este análisis a la editorial, el IRS dictó la disposición final Sec 6049 en la que se requiere que las instituciones financieras estadounidenses reporten los pagos de intereses a individuos no residentes en los EU. Es importante

Este documento oficial de EE.UU. es prueba inequívoca de su condición de paraíso fiscal y, también, de que no da información a terceros países, lo que significa que no es transparente ni posee los mecanismos para poder cumplir con las solicitudes de información recibidas de otros países. Pero esto no es todo. El incumplimiento de EE.UU., de los principios del Foro Global de Transparencia y efectivo intercambio de información se magnifica con la existencia del QI. Tal como se menciona anteriormente, el QI es un contrato que firma el IRS con intermediarios financieros extranjeros con el propósito de inducirlos y facilitarles que inviertan los dineros de sus clientes en la economía norteamericana, libre de impuestos y garantizándoles un blindaje y anonimidad total a sus clientes. De hecho, como se ha dicho antes, ni siquiera el IRS conoce la identidad del beneficiario final ya que las inversiones las hace el intermediario sin dar nombres. (Ver en el Anexo II el documento del Senado que explica esta figura).

El proyecto del IRS (REG-146097-09), para dar información provocó reacciones adversas de Congresistas y senadores de EU. Los 25 congresistas del Estado de Florida escribieron al presidente Obama señalando su oposición al mismo. De esta carta citamos:

“La regulación causará serios e irreparables daños a la economía norteamericana. A causa de las leyes de privacidad de los EE.UU., se estima que los extranjeros no residentes mantienen depósitos por más de \$3 trillones en instituciones financieras norteamericanas.” ...“Por más de 90 años, los EE.UU. han reconocido la importancia de los depósitos extranjeros y se han abstenido de gravar con impuestos los

destacar que las reglas publicadas el 19 de abril en el Registro Federal aplican únicamente a depósitos bancarios en ciertas instituciones financieras y compañías de seguros con acuerdos de pagar intereses a personas naturales. Se excluyen de reportar información sobre cuentas bancarias extranjeras a personas jurídicas, a clientes que estén bajo el “QI” y otros ingresos exentos como intereses, bonos, ganancias de capital.

intereses generados por ellos o requerir que se reporten...”
(Ver en el Anexo IV la carta completa)

Además de estos documentos oficiales un sinnúmero de organizaciones que estudian los temas relativos a la transparencia fiscal catalogan a EE.UU. como el paraíso fiscal más grande y más secreto del mundo. Así, un estudio del **Global Financial Integrity**²⁴ titulado “**Privately Held, Non-Resident Deposits In Secrecy Jurisdiction**”, de Marzo, 2010, señala que EE.UU. tiene más de 2 trillones de dólares en estos depósitos y que es una jurisdicción secreta por la falta de acceso a la información de los países de donde son originarios los depositantes. También, el conocido experto fiscal David Spencer, en su artículo “**The U.S. Proposed Regulations On Non-Resident Alien Bank Deposit Interest**”, publicado en la revista “**International Taxation**” en junio 2011, afirma que:

“La regulación propuesta (REG- 146097-09, 7 de enero de 2011) podría requerir a las instituciones financieras de EE.UU. que le reporten al gobierno norteamericano los intereses que ellos le pagan a extranjeros no residentes (“2011 Proposed Regulations”). EE.UU. es, en efecto, la mayor jurisdicción de paraíso financiero secreto porque bajo las presentes leyes de impuestos provee tratos de libre impuesto y de facto, secreto bancario para extranjeros no residentes y corporaciones extranjeras, y otras entidades extranjeras (colectivamente “personas extranjeras”) que invierten en obligaciones que devengan intereses de los contribuyentes norteamericanos.”

Comoquiera que el FG le asignó a expertos la tarea de los PRR, debemos llegar a la conclusión de que el resumen ejecutivo se refiere, no a la realidad de los países sino a los designios de la OCDE de eliminar la competencia a sus miembros. Esto fue admitido con toda claridad en el

24 PRR | www.gfip.org

documento **“Improving Access To Bank Information For Tax Purposes”**, que citamos en este trabajo, en el cual acordaron tomar medidas contra los que ellos llaman centros financieros *offshore*. Lo preocupante de la calificación del PRR a EE.UU. es que evidencian su interés en justificar lo injustificable. Esto constituye una burla a los demás países a los que han convencido de la honestidad de las organizaciones paralelas creadas con el pretexto de la participación paritaria en políticas sanas en las relaciones financieras globales, sin importar el tamaño de sus economías y su peso en el universo de naciones. Esto se evidencia muy obviamente en el PRR del FG sobre EE.UU., como también en la FATF y otras organizaciones que alegan integrar a los países pequeños y grandes.

Estados Unidos es el país más poderoso del mundo, no sólo por su superioridad militar sino también por su desarrollo económico. Pero quizás lo más importante y trascendente, es su capacidad para influir en todos los ámbitos del acontecer humano. No obstante, ser un líder mundial conlleva la obligación ética de que sus políticas y prácticas sean consistentes. EE.UU. es el paraíso fiscal más grande del mundo. Predica “transparencia y el cambio efectivo de información” sin embargo, atrae más de 10 trillones de dólares²⁵ en inversiones extranjeras exentas de impuestos, y depósitos bancarios que ofrecen a extranjeros²⁶ e intermediarios financieros, completo blindaje de información ante sus países de origen (con la excepción de Canadá).

25 PRR | De acuerdo al Departamento de Comercio de EE.UU., los extranjeros tienen \$10.6 trillones invertidos pasivamente en la economía norteamericana, incluyendo alrededor de “\$3.6 trillones reportados por los bancos de EE.UU. y los corredores de seguros” como se menciona en la carta dirigida al Presidente Obama por los Congresistas de EE.UU. con fecha de 2 de marzo de 2011.

26 PRR | **“Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance”** – Senado de EE.UU. – Subcomité de Investigaciones Permanentes – Carl Levin y Norman Coleman – Audiencia de 17 de Julio de 2008.

Creemos firmemente en la libertad de todas las naciones para elegir su sistema fiscal y en los principios de la justa competencia en la economía global. Por tanto, nuestros argumentos aquí planteados se centran en desenmascarar la hipocresía de los EE.UU. como poder supremo detrás de la OCDE; en condenar los dobles estándares, y exponer las vergonzosas artimañas para eliminar la legítima competencia de los centros financieros más pequeños que no son miembros de este club. En un mundo interconectado, con amplio acceso a la información instantánea, estos hechos ya no pueden mantenerse ocultos y se convertirán en manchas en la historia de los EE.UU.²⁷

27 PRR | Anexo V

Anexo I

DEPARTAMENTO DEL TESORO

Servicio de Rentas Internas

26 CFR Partes 1 y 31

[REG-146097-09]

RIN 1545-BJ01

Guía para el Reporte de los Intereses Pagados a Extranjeros
No Residentes

AGENCIA: Servicio de Rentas Internas (IRS), el Tesoro.

MEDIDA: Aviso de propuesta reguladora; notificación de la audiencia pública, y del retiro de reglamentación propuesta anteriormente.

RESUMEN: Este documento contiene las regulaciones propuestas que ofrecen orientación sobre los requisitos de información sobre los intereses de los depósitos mantenidos en ciertas instituciones financieras con oficinas en los Estados Unidos que se pagan a individuos extranjeros no residentes. Estas regulaciones propuestas afectan a las personas que efectúen los pagos de intereses sobre esos depósitos. Este documento también notifica sobre una audiencia pública sobre estos proyectos de reglamentos y retira el aviso de reglamentación propuesta publicado el 2 de agosto de 2002 (67 FR 50386).

INFORMACIÓN SUPLEMENTARIA:

Antecedentes y explicación de las disposiciones

El 17 de enero de 2001, el IRS y el Departamento del Tesoro publicaron un aviso de proyecto de reglamentación (REG 126,100 a 00) en el Registro Federal (66 FR 3925,

corregida en el 66 FR 15820 y 66 FR 16019) bajo la Sección 6049 (proyectos de reglamentos 2001), que establece que los intereses de depósitos bancarios en bancos de EE.UU. pagados a un individuo extranjero no residente deberá informarse anualmente al IRS.

El 2 de agosto de 2002, el Departamento del Tesoro y el IRS publicaron un aviso de proyecto de reglamentación (REG-133254-02) en el Registro Federal (67 FR 50386), que retiraba estas regulaciones y proponía regulaciones más estrictas (regulaciones del 2002) que requerirían informar sólo sobre los intereses pagados a individuos extranjeros no residentes, que son residentes de ciertos países designados o, a opción del pagador, sobre el pago de intereses a todos los extranjeros no residentes beneficiarios de interés por depósito bancario. Bajo la reglamentación del 2002 actualmente en vigor, los informes a los EE.UU. de interés bancario sobre depósito sólo son necesarios si el interés se paga a una persona de los EE.UU. o un extranjero no residente que es residente de Canadá. Este proyecto de regulaciones retira las del 2002 y propone proyectos de nuevas regulaciones que extienden los requisitos de notificación de información para que incluya el interés sobre depósitos bancarios pagados a individuos extranjeros no residentes que sean residentes de cualquier país extranjero. Esta extensión es apropiada por varias razones. En primer lugar, desde que se dieron a conocer los proyectos de reglamentos 2002, se ha desarrollado un creciente consenso global acerca de la importancia del intercambio de información cooperativa a efectos fiscales. Se han logrado acuerdos significativos sobre estándares internacionales para el intercambio de información, incluyendo, por ejemplo, el entendimiento de que el intercambio de información no estará limitado por el secreto bancario o por la ausencia de un interés fiscal doméstico. En segundo lugar, requerir la notificación rutinaria al IRS de todos los intereses de depósitos en bancos

de EE.UU. pagados a un individuo extranjero no residente fortalecerá aún más el programa de EE.UU. de intercambio de información, consistente con las disposiciones adecuadas de reciprocidad, facilidad de uso y confidencialidad respecto de esta información. Por último, esta ampliación contribuirá a mejorar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes de Estados Unidos por lo que será más difícil eludir el sistema de reporte de información de los EE.UU. (por ejemplo, a través de falsa afirmación de condición de extranjero).

Además de exigir la notificación de interés de depósito bancario en EE.UU. pagado a cualquier individuo extranjero no residente, el reglamento propuesto también hace los siguientes cambios menores y aclaraciones. La Sección 1.6049-6 establece que una copia del Formulario 1042-S, "Fuente de Ingreso de extranjeros en EE.UU. sujeto a retención debe ser proporcionada al receptor de los intereses pagados sobre depósitos mantenidos en oficinas bancarias en los Estados Unidos. La Sección 1.6049-6 (e) (4) ha sido revisada para aclarar que el pagador o intermediario puede cumplir con este requisito si se suministra una copia del Formulario 1042-S, ya sea en persona, o a la última dirección conocida del destinatario.

Fecha efectiva propuesta

Se propone aplicar estas regulaciones a los pagos efectuados después del 31 de diciembre del año en el que se publican como regulaciones finales en el Registro Federal.

Anexo II

Programa de Intermediario Calificado (QI)

Además de su esfuerzo sistemático para lograr los tratados fiscales o acuerdos de intercambio de información fiscal con los gobiernos extranjeros, en el año 2000 Estados Unidos lanzó una nueva iniciativa, llamada Programa de Intermediario Calificado (“QI”) que entró en vigencia en 2001.⁴³ El programa QI tiene por objeto fomentar que las instituciones financieras extranjeras reporten al IRS la fuente de ingreso de EE.UU. y retengan los impuestos sobre esos ingresos, como lo exige la ley de impuestos de EE.UU. Miles de instituciones financieras extranjeras se han convertido en participantes voluntarios del QI.⁴⁴ El Programa de QI se centra principalmente en la fuente de ingresos en EE.UU.⁴⁵ La fuente de ingreso en EE.UU. se refiere al ingreso que se origina en los Estados Unidos, como los dividendos pagados sobre acciones de EE.UU.; las ganancias del capital pagado en la venta de las acciones de EE.UU. o de bienes raíces; las regalías pagadas en activos de Estados Unidos; renta pagada en propiedad de los EE.UU.; los intereses pagados sobre depósitos en los Estados Unidos; y otros tipos de “ingresos fijos, determinables, anuales o periódicos”.⁴⁶ La mayor parte de estos ingresos, cuando se paga a una persona de los EE.UU., está sujeta a impuestos. No está sujeta a impuestos cuando se pagan a una persona no estadounidense, en un aparente esfuerzo para atraer inversión extranjera a los Estados Unidos. Sin embargo, algunas de las categorías de fuente de ingresos, tales como dividendos de acciones de Estados Unidos, son gravables incluso cuando se pagan a una persona no estadounidense.

El programa QI busca que las instituciones financieras extranjeras se unan en el esfuerzo de los EE.UU. para

cobrar y remitir los impuestos adeudados principalmente de Estados Unidos sobre ingresos obtenidos en ese país, ofreciendo a las instituciones participantes papeleo reducido y obligaciones de divulgación. El programa QI se aplica sólo a las instituciones financieras extranjeras que compren y vendan títulos valores de Estados Unidos en nombre de sus clientes a través de cuentas de valores abiertas en instituciones financieras de Estados Unidos. Las regulaciones del Tesoro, que entraron en vigor en el año 2001, exigen a las instituciones financieras de Estados Unidos la retención del 30 por ciento de los ingresos obtenidos por inversiones de Estados Unidos que se mantengan en una cuenta financiera del exterior, a menos que la institución financiera extranjera provea al agente de retención de EE.UU. los nombres de los beneficiarios dueños de la cuenta.⁴⁷ En efecto, estas regulaciones requieren que las instituciones financieras extranjeras que hacen negocios con las instituciones financieras de Estados Unidos revelen el nombre de sus clientes, o arriesguen que el 30 por ciento de los ingresos de su cliente sea retenido por la institución financiera de EE.UU. Incluso con esta pena de 30 por ciento, muchas instituciones financieras extranjeras se mostraron renuentes a proporcionar los nombres de los clientes, no sólo porque abre la puerta a la competencia de la institución financiera de EE.UU. **sino porque también socava el secreto bancario.** El programa QI fue diseñado, en parte, para resolver este dilema para las instituciones financieras extranjeras. Para participar en el programa QI, una institución financiera extranjera debe firmar voluntariamente un acuerdo estandarizado de 65 páginas con el IRS.⁴⁸ Con la firma del acuerdo, la institución financiera del exterior se compromete a actuar como agente de retención de EE.UU. y a cumplir con las obligaciones de retención establecidas en la legislación fiscal de EE.UU. para determinados clientes. Además, debe contar con procedimientos establecidos de “conozca a su

cliente” (“KYC”) que garanticen que la institución financiera extranjera verifica y documenta el beneficiario de cualquier cuenta en su institución. Para llevar a cabo sus obligaciones de retención, la institución financiera del exterior se compromete a obtener, de todos sus clientes que compran o venden valores de EE.UU. a través de cualquier institución financiera del exterior, el formulario W-9 o W8BEN de todos sus clientes que compran o venden valores de EE.UU. a través de cualquier cuenta de la cual la institución financiera extranjera es participante QI designada. Estos formularios, que cada cliente debe llenar y proporcionar a la institución financiera extranjera, identifican al cliente, ya sea como esradounidense o como persona no norteamericana.⁴⁹ Por cada cliente que complete un formulario W-9 - que indica que el cliente es estadounidense- la institución financiera extranjera se compromete a presentar ante el IRS el formulario 1099 anual, individualizado, informando el nombre del cliente, número de identificación del contribuyente, y todos los pagos “reportables” hechas a la cuenta del cliente.⁵⁰ Como contraste, por cada persona extranjera que presente el formulario W8BEN, **la institución financiera extranjera no está obligada a presentar el informe individualizado 1042S - formulario de información de la cuenta al IRS. En cambio, los participantes del QI calculan las “cantidades reportables” de los ingresos procedentes de EE.UU. pagados a todas sus cuentas no norteamericanas en este Programa; presentan un solo Formulario 1042 para cada categoría de ingresos procedentes de EE.UU. pagados a esas cuentas -- también llamado “informe combinado” y remiten al IRS cualquier impuesto retenido de forma agregada).**

Los formularios 1042 presentados por los participantes del QI, de tenedores titulares de cuentas que no son de EE.UU. **no contienen los nombres de clientes o su información específica, sino que cada formulario contiene una**

sola cifra agregada para cada categoría de los ingresos procedentes de EE.UU. pagados por la institución financiera del exterior durante el año a la totalidad de sus titulares de cuentas no estadounidenses que negociaron valores de Estados Unidos. A la institución financiera del exterior también se le permite remitir al IRS los impuestos retenidos en cantidades agregadas sin desglose de los clientes individuales. Por ejemplo, en el caso de los dividendos en acciones de Estados Unidos, el participante QI informaría la cantidad total de pagos de dividendos realizados durante el año a todos sus titulares de cuentas no norteamericanas durante este periodo, en un solo formulario 1042, y remitiría al IRS el 30 por ciento del total sin proporcionar ninguna información específica del cliente. **El efecto práctico, en las palabras de un banco de Liechtenstein, era la preservación del secreto bancario de cuentahabientes no estadounidenses titulares de cuentas, ya que la institución financiera extranjera no tiene la obligación de dar a conocer el nombre del propietario.**⁵¹

Debido a que las transacciones de valores de Estados Unidos se han configurado, compran y venden en dólares estadounidenses, las instituciones financieras extranjeras están obligadas a ejecutar las transacciones en valores de Estados Unidos a través de cuentas en dólares en instituciones financieras estadounidenses. Si una institución financiera extranjera participa en el Programa QI, puede designar estas cuentas como “Cuentas de QI”. Si la institución financiera extranjera no participa en el programa, sólo tiene “Non-QI” o “Cuentas NQI.”_Las instituciones financieras están obligadas a designar a cada cuenta los valores que mantienen con una institución financiera de EE.UU., ya sea como QI o Cuenta NQI. Con ambos tipos de cuentas, la institución financiera extranjera internamente da seguimiento de los dividendos derivados

de valores de Estados Unidos y otros ingresos de origen de EE.UU. pagados a las cuentas individuales de los clientes. Con una cuenta NQI, la institución financiera extranjera debe proporcionar los nombres individuales de los clientes a la institución financiera de EE.UU., que a su vez informa y remite al IRS la retención de impuestos. **Pero con una cuenta de QI, la institución financiera extranjera podrá presentar al IRS, usando formularios de presentación de informes combinados y las retenciones totales, sin revelar los nombres de las personas no estadounidenses con tenencia de valores de Estados Unidos. Así, se permite a estas instituciones financieras no suministrar los nombres de los clientes al IRS (y a sus competidores estadounidenses) mientras se mantiene el mismo acceso al mercado de valores de EE.UU. - uno de los más lucrativos del mundo - como instituciones financieras de Estados Unidos.** Para asegurar que el programa está funcionando según lo previsto, los participantes de QI acuerdan un régimen de auditoría. Generalmente las auditorías, en el marco del Programa QI, son efectuadas por auditores externos seleccionados por el participante QI. Las auditorías tienen el propósito de garantizar que los participantes de MC se adhieren a las normas y procedimientos establecidos en el acuerdo QI. **Para que los QI estén en capacidad de mantener la confidencialidad del cliente, el IRS no tiene acceso a la información en bruto revisada por el auditor externo,** aunque sí establece los parámetros de auditoría, las revisiones de las calificaciones del auditor externo, y determina si el auditor se enfrenta a obstáculos que no le permiten revisar con precisión el rendimiento del participante QI. Las auditorías se llevan a cabo en los años segundo y quinto del acuerdo de QI, con los informes de auditoría remitidos al IRS. Si un informe de auditoría plantea preocupaciones dentro del IRS, se ordena una auditoría de la segunda fase, centrándose en las áreas de preocupación. En caso de que las preocupaciones continúen, se ordena

una tercera fase. De acuerdo con una revisión efectuada por la Oficina de Contabilidad del Gobierno de Estados Unidos (GAO) en diciembre de 2007 sobre el Programa de QI, “las altas tasas de fracaso de documentación, el subregistro de los ingresos procedentes de EE.UU., y la sub-retención de los impuestos debidos son las tres razones más comunes para la tercera fase.”⁵² Si no se resuelven de manera satisfactoria las preocupaciones o presentar a tiempo los informes de auditoría, el resultado será la terminación del correspondiente Acuerdo de QI. En su examen del Programa de QI, la GAO encontró que el acuerdo QI no dice nada sobre si los auditores externos deben realizar procedimientos adicionales “si la información que indica que el fraude o actos ilegales que pudieran afectar los resultados de la [auditoría] lleguen a su conocimiento.”⁵³ El análisis de la GAO indica que, en el marco del actual acuerdo de QI, los auditores no están obligados a, y por lo general no lo hacen, dar el seguimiento de indicios de fraude o actos ilegales por la QI participante.⁵⁴

Desde el inicio del programa QI, cerca de 7.000 instituciones financieras extranjeras han firmado estos acuerdos y participado en el programa.⁵⁵ **Debido a fusiones, retiros y terminaciones el IRS estima que cerca de 5.500 acuerdos de QI están actualmente activos** **Y que** cerca de 100 instituciones financieras extranjeras han sido involuntariamente eliminadas del programa desde su creación, por cumplimiento inadecuado, auditorías fracasadas o problemas similares.⁵⁶ En Liechtenstein 13 de sus 15 bancos han firmado acuerdos de QI; en Suiza prácticamente todos los grandes bancos son signatarios de QI. El programa QI ha estado en vigor durante siete años y han surgido pruebas de que algunas instituciones financieras extranjeras han estado manipulando sus obligaciones de presentar informes de QI para evitar la presentación de informes de cuentas de los clientes de Estados Unidos al

IRS. Por ejemplo, en su estudio de diciembre de 2007, la GAO discute sobre cuentas extranjeras que están a nombre de empresas extranjeras señalando que “el establecimiento de una corporación extranjera proporciona protección del escrutinio del IRS sobre sus identidades, lo que provee un mecanismo para explotar el escondite de sus ingresos, del fisco norteamericano.”⁵⁷ La GAO va más allá, “la ley fiscal de EE.UU. permite que los dueños de empresas *offshore*, escondan sus identidades del escrutinio del IRS, lo que les da un mecanismo para que las personas norteamericanas, protejan sus ingresos, del fisco de EE.UU. -incluidas las extranjeras-, sean tratadas como contribuyentes; y los propietarios de los activos, lo son de sus activos e ingresos. Debido a que los dueños de las corporaciones no son conocidos por el IRS los individuos pueden esconderse detrás de la estructura corporativa.”⁵⁸ La GAO advierte que la consecuencia en el marco del Programa QI es que “las personas de EE.UU. pueden evadir impuestos haciéndose pasar por empresas extranjeras.”⁵⁹ La GAO declara: “Incluso si los agentes de retención conocen las identidades de los propietarios de las empresas extranjeras, en el desempeño de sus responsabilidades de diligencia debida, no tienen la responsabilidad de reportar la información al IRS.”⁶⁰ Por el contrario, señala la GAO, “las regulaciones del IRS permiten a los agentes de retención (nacionales y QIs) aceptar la documentación declarando propiedad de las empresas con ingresos de valor nominal, a menos que tengan “una razón para saber” que la documentación no es válida.”⁶¹ La GAO hace la observación de que el acuerdo QI requiere implícitamente” que las instituciones financieras extranjeras utilicen la documentación “Conoce a tu cliente” para evaluar la validez de un certificado W8, pero concluye que no hay requisito para que las empresas extranjeras beneficiadas como propiedad de personas de EE.UU. sean tratadas como cuentahabientes de EE.UU. que deben darse a conocer al IRS.”⁶² La GAO señala que donde una empresa

extranjera es propiedad de una persona de los EE.UU., la persona de los EE.UU. tiene la obligación legal de reportar al IRS, en las declaraciones de impuestos, la propiedad de la empresa y los ingresos gravables”. La GAO también señala que “el cumplimiento en la presentación de informes de ingresos al IRS es pobre cuando no hay una tercera parte en la presentación de informes al IRS”.

⁶³El informe de la GAO determina que en el 2003 las empresas extranjeras recibieron aproximadamente \$200 mil millones (200 billones) en ingresos de fuente estadounidense, lo que representa casi el 70% de los todos los ingresos con fuente en los EE.UU. reportados ese año. La GAO calcula que sólo alrededor de \$3 mil millones (3 billones) en ingresos fiscales, se pagaron sobre esos ingresos, lo que refleja una tasa de retención del 1,4% y los beneficios del tratado, de \$57 mil millones (\$57 billones). ⁶⁴ La GAO concluye que no está claro qué proporción de los beneficiarios propietarios de estas empresas extranjeras eran personas de Estados Unidos que no han cumplido con informar sobre sus ingresos.

Éstos y otras abusos⁶⁵ del QI han llevado al IRS a considerar el reforzamiento de este acuerdo para asegurar que más cuentas extranjeras que benefician a personas propietarias, de Estados Unidos sean dadas a conocer al IRS.

⁴³ Para más información sobre el Programa de QI, véase 26 USC § § 1441-1443, el Reglamento del Tesoro § 1.1441 a 1 (e) (5); Procedimiento de Ingresos 2000-12, 2000-4 IRB 387.

⁴⁴ Conferencia del IRS en el Programa de QI facilitada a la Subcomisión (05/09/08).

⁴⁵ El Acuerdo de QI también requiere presentar otras dos categorías de ingresos: (1) producto de la venta de valores no estadounidenses si la venta fue efectuada por un agente en los Estados Unidos, y (2)

- ingresos de fuente extranjera, tales como dividendos, intereses, rentas, regalías u otro ingreso fijo, determinable, anual o periódico si el ingreso extranjero se paga en los Estados Unidos. Ver Tesoro. Reg. § § 1,6045-1 (a) (1), 1.6042-3 (b), 1,6049-5 (b) (6); “Obligaciones fiscales y de información para intermediarios extranjeros de Valores no de EE.UU. “47 Notas Intern. 913 (09/03/07).
- 46** Véase, por ejemplo, Tesoro. Reg. § 1.6042-3 (a) y (b) sobre dividendos, Reg. del Tesoro § § 1.6049 -1 (a) (1) y 1,6049-5 (b) (6) sobre pago de intereses.
- 47** Reglamentos del Tesoro de 1.1441-1, ss., adoptada en TD 8881, 2000-1 CB 1158 (15/05/2000).
- 48** Para obtener una copia del acuerdo estandarizado y los formularios específicos de cada país, visite el sitio Web del IRS, www.irs.gov, o Rev. Proc. 2000-12, 200-4 IRB 387, que incluye un modelo de acuerdo QI.
- 49.** Los formularios W-9 deben ser presentados para “Personas EE.UU. “ definidas como ciudadanos de EE.UU. y extranjeros residentes en Estados Unidos, corporaciones, sociedades y asociaciones constituidas bajo ley de los EE.UU.; propiedades locales, y fideicomisos locales. Ver Formulario W-9, Solicitud de Número de Identificación del Contribuyente y Certificación (Rev. 10-2007), Instrucciones Generales. Formularios W-9 pedir al titular de cuenta proporcionar su nombre, dirección, números de cuenta y número de identificación de contribuyente (“TIN”). Los formularios W8 se presentan por personas no norteamericanas. Formularios W8BEN se presentan para personas no estadounidenses beneficiarias de cuenta abierta a nombre de un intermediario, tales como un banco, abogado, administrador, sociedad, fideicomiso o fundación. Ver Formulario W8BEN, Certificado de Estatus Extranjero del Propietario Beneficiario para la Retención de Impuestos de EE.UU. (Rev. 2 - 2006). Estos formularios piden al titular de la cuenta proporcionar su nombre, dirección, y el país donde residen.
- 50** “Pagos reportables” incluye varias categorías de ingresos: (1) “cantidades reportables”, que son pagos con origen en EE.UU. tales como intereses, dividendos, rentas, regalías y otro ingreso fijo, determinable, anual o periódico, (2) ventas de valores extranjeros, si se efectúan en los Estados Unidos, y (3) intereses de fuente extranjera,

-
- dividendos, rentas, regalías u otro ingreso fijo, determinable, anual o periódico, si se paga en los Estados Unidos. Véase, por ejemplo, “Obligaciones fiscales y de información para intermediarios extranjeros de Valores no de EE.UU. “47 Notas Intern. 913 (09/03/07).
- 51** Véase “Intermediario Cualificado (QI)” presentación preparada por Brigitte Arnold de LGT Bank de Liechtenstein, (14 -15 sept, 2001) a 11 (“Conclusión [:] La aplicación de las Reglas de MC desde la perspectiva de la banca: ¿valió la pena? Sí, porque no hay secreto bancario, sin condición de QI. “).
- 52** “Cumplimiento Tributario: Programa de Intermediario Cualificado proporciona cierta seguridad de que los impuestos a inversionistas extranjeros están retenidos y reportados, pero se puede mejorar”, (diciembre de 2007), Informe GAO N ° GAO-08-99 (en adelante “Informe GAO 2007 Programa de QI) a 26.
- 53** Id. a 27.
- 54** La semana pasada, el IRS realizó una teleconferencia con las firmas de contabilidad más importantes para discutir el programa QI y las auditorías QI. El portavoz del IRS fue citado diciendo que los funcionarios del IRS, incluido su Comisionado, “tuvimos una buena discusión acerca del papel que juega la comunidad contable con los intermediarios cualificados”. “Shulman, Comisionado del IRS, los funcionarios LMSB discutieron el programa QI con empresas de contabilidad,” Informe diario de Ejecutivos, BNA (09/07/08), N ° ISSN 1523-567X, en 1.
- 55** Conferencia del IRS sobre programa QI a la Subcomisión (05/09/08).**56** Id.
- 57** Informe GAO 2007 sobre el Programa de QI, a 21 (eliminadas iniciales en mayúscula).
- 58** Id. a 3.
- 59** Id. En “Resaltados” (*highlights*) en sección resumen.
- 60** ID. a 22.
- 61** Id.

Anexo III

PROYECTO SENADOR LEVIN: CONOZCA A SU CLIENTE EXPOSICION DE MOTIVOS

La primera vez que Levin presentó este proyecto fue en el 2006 luego del demoledor Informe de la GAO contra las corporaciones y LLC de EE.UU. por no exigir la identidad del cliente o beneficiario de las personas jurídicas. Esta legislación no fue aprobada. Se volvió a presentar en los años 2008, 2009 y 2011 pero tampoco logró que se aprobara. La razón principal es la oposición de los senadores cuyos estados hacen negocio con la venta de personas jurídicas, en especial los senadores de los Estados de Delaware y Nevada. Hoy por hoy Estados Unidos de América no exige ni practica el principio de “Conozca a su cliente” en las personas jurídicas.

CONGRESO 112

1^a sesión S. II

Paragarantizar que las personas que forman las corporaciones en los Estados Unidos divulgan los verdaderos propietarios de las corporaciones, a fin de evitar que los malhechores se aprovechen de las empresas estadounidenses que amenazan la seguridad nacional; para ayudar a hacer cumplir la ley; para detectar, prevenir y sancionar el terrorismo, el lavado de dinero y otras conductas indebidas que implica el uso de corporaciones de Estados Unidos, y para otros fines.

Levin, Grassley presenta proyecto de ley de lucha contra las corporaciones de EE.UU. con dueños ocultos

Martes, 02 de agosto 2011

WASHINGTON -. El senador Carl Levin, demócrata de Michigan, presidente del Subcomité Permanente de Investigaciones, y el senador Chuck Grassley, republicano por Iowa, miembro de mayor rango del Comité Judicial del Senado, esta semana presentaron la incorporación de Transparencia y Cumplimiento de la Ley de Asistencia para combatir los actos de terrorismo, lavado de dinero, evasión de impuestos, y otras fechorías que facilitan las empresas estadounidenses con propietarios ocultos. El proyecto de ley pondría fin a la práctica de los 50 Estados que forman las corporaciones de personas no identificadas, y en su lugar requerirían a los Estados obtener las identidades de las personas detrás de las corporaciones.

SEC. 2. RESULTADOS.

El Congreso concluye lo siguiente:

- (1) cerca de 2.000.000 de empresas y sociedades de responsabilidad limitada se están formando bajo las leyes de los Estados cada año.
- (2) Muy pocos Estados obtienen información válida sobre los propietarios efectivos de las corporaciones y sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo a sus leyes.
- (3) Una persona que crea una sociedad o sociedad de responsabilidad limitada en los Estados Unidos por lo general proporciona menos información al Estado en el que incorpora; que la que se necesita para obtener una cuenta bancaria o licencia de conducir, y por lo general no nombra a un beneficiario individual.
- (4) Los terroristas y otros criminales se han aprovechado de las debilidades en los procedimientos de formación del

Estado, para ocultar su identidad al formar corporaciones o sociedades de responsabilidad limitada en los Estados Unidos, y que luego las han utilizado para apoyar a organizaciones terroristas, de tráfico de drogas y de grupos del crimen organizado internacional, así como para la comisión de malas acciones que afectan el comercio interestatal e internacional, tales como tráfico de drogas ilícitas y armas; lavado de dinero; evasión fiscal, fraude a través de Internet, fraude de valores, fraude financiero, delitos de propiedad intelectual, y los actos de corrupción extranjeros.

(5) Entre los que han abusado del procedimiento de incorporación del Estado, Victor Bout, un traficante de armas ruso ahora en custodia de Estados Unidos por cargos relacionados con terrorismo, utilizaba por lo menos 12 empresas constituidas en Texas, Florida y Delaware para llevar a cabo sus actividades, y ha sido acusado, en parte, por conspirar para vender armas a una organización terrorista que trataba de matar a ciudadanos de los Estados Unidos y funcionarios y oficiales federales.

(6) Los esfuerzos de aplicación de la ley para investigar las corporaciones y sociedades de responsabilidad limitada por sospechas de mala conducta que ponen en peligro la seguridad nacional se han visto obstaculizados por la falta de información disponible sobre la titularidad, según lo documentado en los informes y testimonios de funcionarios del Departamento de Seguridad Nacional, el Departamento de Justicia, el *Financial Crimes Enforcement Network* del Departamento del Tesoro, el Servicio de Impuestos Internos, la Oficina de Responsabilidad del Gobierno, y otros.

(7) En julio de 2006, un líder internacional de una organización contra el lavado de dinero y el financiamiento anti-terrorista de la organización de financiación, el Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero (en esta sección conocida como el GAFI""), del que Estados Unidos

es miembro , publicó un informe que criticó a EE.UU. por no cumplir con una norma del GAFI que exige la recopilación de información sobre los propietarios beneficiarios e instó a los Estados Unidos para corregir esta deficiencia al 10 de julio de 2008.

(8) En respuesta al informe del GAFI y para fortalecer las medidas para proteger la seguridad nacional, los funcionarios federales han instado repetidamente a los Estados a mejorar sus prácticas de formación mediante la obtención de información sobre los beneficiarios de las corporaciones y sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo a las leyes de esos Estados. Pero los Estados siguen formando millones de empresas con propietarios ocultos.

(9) Muchos Estados han establecido procedimientos automatizados que permiten a una persona formar una nueva corporación o sociedad de responsabilidad limitada en el Estado en un período de 24 horas mediante la presentación de una solicitud en línea (internet), sin ningún tipo de revisión previa de la aplicación por un funcionario del Estado. A cambio de una cuota sustancial, dos de los Estados crean una sociedad anónima, una hora después de la solicitud.

(10) Decenas de sitios de Internet ponen en relieve el anonimato de los beneficiarios de acuerdo con las prácticas de formación de algunos Estados, y apuntan a ellas como una razón para incorporar en éstos. También listan esos Estados, junto con las jurisdicciones offshore, como lugares preferidos para la formación de empresas nuevas, lo que consiste básicamente en proporcionar una invitación abierta a los terroristas y otros malhechores para que creen entidades dentro de los Estados Unidos.

(11) En contraste con las prácticas en 13 Estados de los Estados Unidos, todos los 27 países de la Unión Europea ya están obligados a que los agentes de formación de sociedades

identifiquen a los beneficiarios de las corporaciones formadas por los agentes bajo las leyes de esos países.

(12) Para proteger la seguridad nacional, reducir la vulnerabilidad de los Estados Unidos de infracciones cometidas por las empresas estadounidenses y compañías de responsabilidad limitada con dueños ocultos; proteger el comercio interestatal e internacional contra terroristas y otros criminales que abusan de las empresas estadounidenses y compañías de responsabilidad limitada; fortalecer el derecho de investigar el cumplimiento de las empresas en cuestión y de sociedades de responsabilidad limitada; establecer normas mínimas para *el level playing field* entre las prácticas, y lograr que los Estados Unidos en conformidad con las normas internacionales contra el lavado de dinero, la lucha contra el terrorismo, las normas de financiación, la legislación federal necesaria para exigir a los Estados obtener información sobre los beneficiarios de las corporaciones y sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo a las leyes de esos Estados.

Anexo IV

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS WASHINGTON, DC 20515

2 de marzo de 2011

El Presidente

La Casa Blanca

Washington, D.C. 20500

Estimado Sr. Presidente,

Las instituciones financieras norteamericanas se benefician grandemente de los depósitos de extranjeros en bancos de EE.UU. Estos depósitos ayudan a financiar empleos y generaron crecimiento económico beneficiando principalmente a comunidades locales, consumidores, familias y pequeñas empresas. Por más de 90 años, los EE.UU han reconocido la importancia de los depósitos extranjeros y se han abstenido de gravar con impuestos los intereses generados por ellos, o requerir que se reporten.

Desafortunadamente, una reglamentación propuesta por el IRS (REG-146097-09) modificaría esta práctica y posiblemente resultaría en la fuga de cientos de billones de dólares de las instituciones financieras norteamericanas. Esta regulación requiere reportar los intereses de depósitos bancarios pagados a cuentahabientes extranjeros, de manera que la información esté disponible para los países de origen de dichos cuentahabientes no residentes.

La regulación puede ocasionar que salga de EE.UU. capital que crea empleos, además de afectar los mercados financieros del país. De acuerdo con el Departamento de Comercio, los

extranjeros tienen \$10.6 trillones invertidos pasivamente en la economía norteamericana, incluyendo cerca de “3.6 trillones reportados por los bancos y casas de valores de EE.UU.”. Adicionalmente, un estudio llevado a cabo en 2004 por el Mercatus Center de George Mason University estimó que “una versión más moderada de la norma ocasionaría la fuga de \$88 billones de las instituciones financieras norteamericanas”, y esta versión de la regulación causará mucho más daño.

Muchos extranjeros depositantes provienen de países con gobiernos o ambientes políticos inestables, donde su seguridad personal es una gran preocupación. Les preocupa que la información bancaria de sus cuentas personales enviada por las autoridades de EE.UU. pueda ser difundida por personas no autorizadas del gobierno en sus países de origen a organizaciones criminales o terroristas, lo cual puede resultar en secuestros u otras acciones en su contra o en contra de los miembros de su familia que residen en el país de origen, un escenario escalofriante que es muy real.

Sr. Presidente, tenemos varias objeciones con respecto a esta iniciativa, y le solicitamos encarecidamente que retire permanentemente la regulación propuesta. Específicamente:

La regulación causará serios e irreparables daños a la economía norteamericana. A causa de las leyes de privacidad de los EE.UU., se estima que los extranjeros no residentes mantienen depósitos por más de \$3 trillones en instituciones financieras norteamericanas. De aprobarse esta regulación, fuentes económicas y académicas indican que una porción sustancial de ese capital se retirará de la economía de EE.UU. Durante este período de preocupación económica, exhortamos que se hagan todos los esfuerzos posibles para mantener el capital dentro de los EE.UU.

La regulación viola flagrantemente las intenciones del Congreso. En numerosas ocasiones, los legisladores se han abstenido de gravar con impuestos los intereses de depósitos pagados a extranjeros no residentes. Esto se hizo con el propósito explícito de atraer y retener capital en la economía norteamericana. Sentimos que el IRS está abusando de su autoridad regulatoria y haciéndolo en una forma que es contraria a los intereses del Congreso y a los últimos noventa años de historia legislativa.

La regulación debilitará la competitividad de las instituciones financieras norteamericanas. De hacerse efectiva la norma propuesta, las compañías norteamericanas perderían cientos de billones de dólares en depósitos a instituciones en jurisdicciones que son nuestra competencia y que protegen la privacidad de los clientes. La meta que se pretende con esta regulación no se alcanzará, sino que dejará en desventaja a las instituciones financieras norteamericanas y a la economía de los EE.UU.

La regulación afectará negativamente la solvencia de las instituciones financieras. De hacerse efectiva la regulación, tendrá un impacto negativo en los balances de situación de las instituciones financieras norteamericanas y la solvencia de aquellas que tienen un alto porcentaje de depósitos de extranjeros no residentes puede desmejorarse. En un período en que las políticas fiscales deben orientarse a mejorar la solvencia, esta norma puede obstaculizar ese propósito. Esta propuesta puede representar buenas noticias para gobiernos con altas tasas impositivas, pero es contraria a los intereses económicos norteamericanos. Los empleos de trabajadores norteamericanos y la competitividad de las compañías de EE.UU. deben ser nuestras mayores prioridades. Esta norma trabaja en contra de ambos. Dejará a los norteamericanos sin empleo y moverá dólares

fuera de las instituciones financieras norteamericanas hacia instituciones financieras en el extranjero.

Le solicitamos que retire la regulación propuesta y envíe un claro mensaje a los depositantes existentes y potenciales de que los EE.UU. alientan dichos depósitos y consideran que lo mejor para los intereses del país es mantener la política actual.

Atentamente,

Bill Possey
Miembro del Congreso

Debbie Wasserman Schultz
Miembro del Congreso

Mario Díaz-Balart
Miembro del Congreso

Alcee L. Hastings
Miembro del Congreso

Connie Mack
Miembro del Congreso

Kathy Castor
Miembro del Congreso

Richard Nugent
Miembro del Congreso

Allen B. West
Miembro del Congreso

Daniel Webster
Miembro del Congreso

C.W. Bill Young
Miembro del Congreso

John L. Mica
Miembro del Congreso

Cliff Stearns
Miembro del Congreso

Vern Buchanan
Miembro del Congreso

Ileana Ros-Lehtinen
Miembro del Congreso

Jeff Miller
Miembro del Congreso

Thomas J. Rooney
Miembro del Congreso

Ander Crenshaw
Miembro del Congreso

Sandy Adams
Miembro del Congreso

Steve Shouterland, II
Miembro del Congreso

Gus M. Bilirakis
Miembro del Congreso

David Rivera
Miembro del Congreso

Dennis A. Ross
Miembro del Congreso

Ted Deutch
Miembro del Congreso

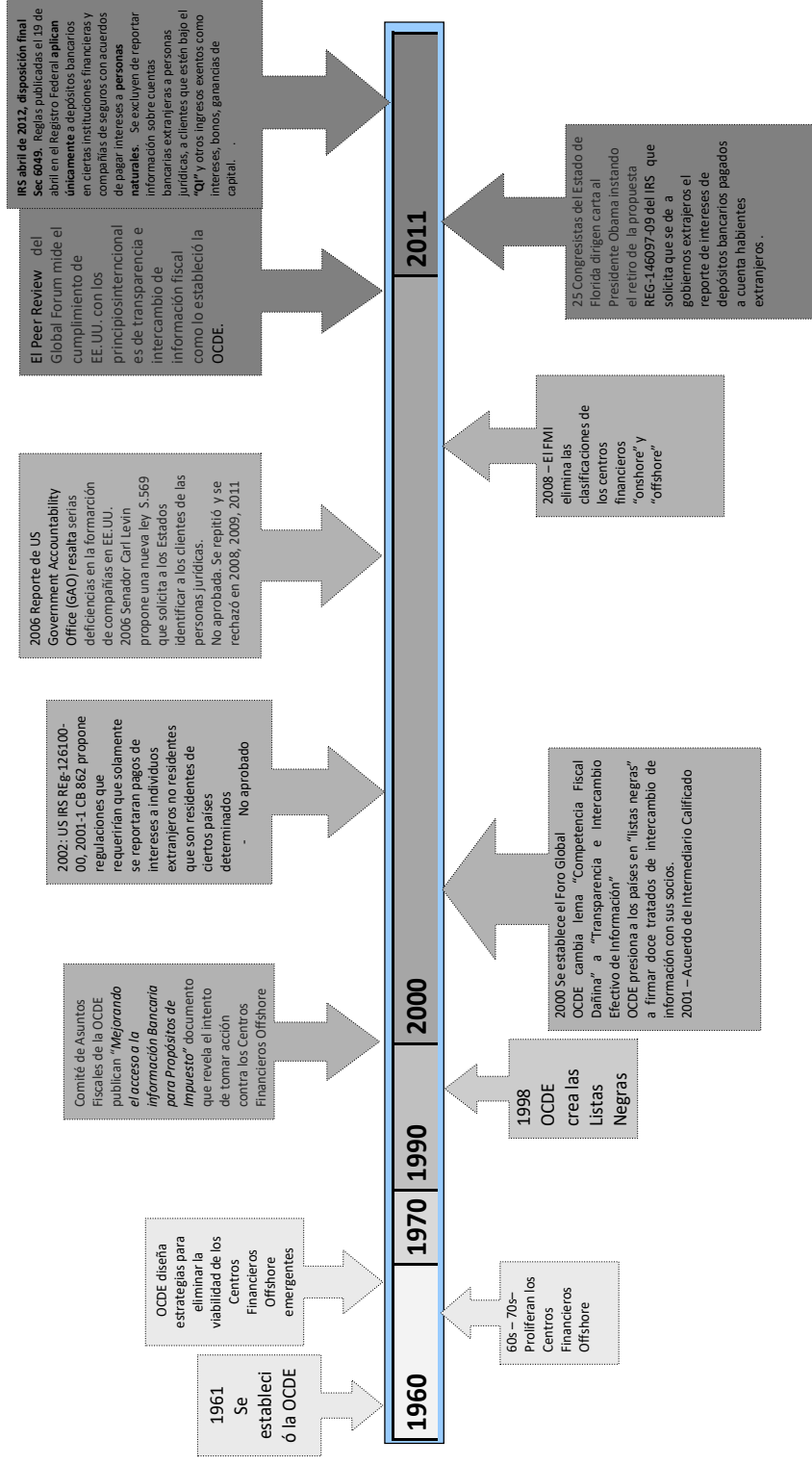
Frederica Wilson
Miembro del Congreso

Corrine Brown
Miembro del Congreso

cc: Timothy Geithner, Secretario
Departamento del Tesoro de los EEUU

Douglas H. Shulman, Comisionado
IRS

La conspiración de la OCDE contra los Centros Financieros no tradicionales



RENTAS OBTENIDAS POR EMPLEADOS, CONSEJEROS Y ARTISTAS Y DEPORTISTAS.

ALFONSO SANZ CLAVIJO

Profesor contratado doctor de Derecho Financiero y
Tributario Universidad de Cádiz

DIRECCIÓN

Facultad de CC. EE. y Empresariales

Glorieta Carlos Cano s/n

11002 Cádiz

Spain

TEL: + 34 956 03 78 28

Fax: + 34 956 03 70 19

1. Rentas obtenidas por empleados.

En la medida que los CDI's firmados por Panamá siguen *grosso modo* lo dispuesto en el MC OCDE a tales efectos, es necesario repasar siquiera brevemente cuáles son los criterios que este precepto contempla para atribuir la potestad tributaria entre los Estados contratantes en relación con las rentas obtenidas por empleados.

Ciertamente, el artículo 15 MC OCDE¹ es un precepto

¹ Véase lo dispuesto en el artículo 15 MC OCDE:

- “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por un residente de un Estado contratante en razón de un empleo sólo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el empleo (o trabajo dependiente) se desarrolle en el otro Estado contratante. Si el empleo se desarrolla en este último Estado, las remuneraciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en él.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante en razón de un empleo realizado en el otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar si:
 - a) el perceptor permanece en el otro Estado durante un período o períodos cuya

de no fácil interpretación -a la que no coadyuvan siempre los Comentarios al mismo²- y conocedor de importantes particularidades y problemáticas³. A título de ejemplo, como se verá a continuación, la habitual distinción entre el Estado de la residencia y el Estado de la fuente pierde parte de su sentido, pues, en relación con este último, lo relevante a efectos de aplicar esta disposición no es tanto dónde reside quien satisface las rentas por el empleo, sino dónde se entiende realizada la actividad por la que éstas son pagada (i. e. el Estado de la actividad como traducción del denominado *work State*)⁴.

No obstante lo anterior, y antes de entrar ya en el análisis de los distintos criterios de atribución de la potestad tributaria que se contemplan en el artículo 15 MC OCDE, se ha indicado que existe un principio básico que debería inspirar las reglas contenidas a tales efectos en este

duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado, y

- b) *las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado, y*
- c) *las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado.*
- 3. *A pesar de las disposiciones precedentes de este artículo, las remuneraciones obtenidas de un empleo realizado a bordo de un buque o aeronave explotados en tráfico internacional, o de una embarcación destinada a la navegación interior, pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa”.*

2 PÖTGENS, 2006, 833.

3 Por todas, el concepto de empleador utilizado en el artículo 15. 2 MC OCDE y la irresuelta distinción entre “empleador formal” y “empleador económico” -¿“empleador fiscal”?-, ¿“empleador material”?-. En este sentido, véanse entre otros PÖTGENS (2006, 581 y siguientes) y el trabajo que versa exclusivamente sobre esta cuestión de DEGRANDI (2009, 89 a 108).

4 En efecto, haciendo referencia al *work State*, duda WALDBURGER que éste pueda considerarse como el Estado de la fuente, pues la fuente de este tipo de renta es el empleador, que no tiene necesariamente que ser residente del Estado en el que el trabajo se realiza (WALDBURGER, 2008, 186). En este sentido, PÖTGENS señala también que, a estos efectos, el artículo 15 MC OCDE constituye una suerte de sistema cerrado desde la perspectiva geográfica y temporal, en la medida que cuál es el origen de las rentas y cuándo se reciben o pagan las contraprestaciones son datos irrelevantes (PÖTGENS, 2006, 835 y 836).

precepto y en virtud del cual la imposición sobre las rentas por el empleo corresponde al Estado de la actividad⁵. Este principio ha de ponerse en relación igualmente con una idea fundamental por la que se entiende también que se debería atribuir la potestad tributaria sobre las rentas por el empleo al Estado que haya de reconocer la deducibilidad del gasto en que se incurre para satisfacer las mismas⁶.

1. 1. Primer criterio: Tributación exclusiva del Estado de la residencia del empleado.

Teniendo en cuenta estas premisas, como es sabido, en el artículo 15. 1 MC OCDE se atribuye al Estado de la residencia del trabajador, inicial y exclusivamente, la potestad para someter a imposición las rentas obtenidas por razón del empleo.

Este criterio ha de ser interpretado en el sentido de que la atribución en exclusiva de la potestad tributaria a favor del Estado de la residencia procede en aquellos casos en los que el empleo no se entienda realizado en el territorio del otro Estado contratante de acuerdo con un criterio de presencia física del trabajador⁷, pues, cuando concorra esta última circunstancia, tendrá que estarse a lo que establezcan al respecto los artículo 15. 1 *in fine* y 15. 2 MC OCDE.

5 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 1).

6 WALDBURGER hace hincapié en que en los Comentarios al MC OCDE no se dice nada sobre las implicaciones políticas que pudieran deducirse del haberse optado por el principio básico de tributación en el Estado de la actividad, añadiendo que, en este sentido, la doctrina frecuentemente vincula este poder tributario con la deducibilidad del gasto correspondiente (WALDBURGER, 2008, 186).

7 En este sentido, en los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 1) se señala al respecto que se entiende ejercitado el empleo en el lugar donde el empleado se encuentra físicamente mientras desarrolla las actividades por las cuales son pagadas tales rentas. Por lo anterior, se advierte también que estas rentas no pueden someterse a imposición en un Estado por el mero hecho de que los resultados de trabajo sean explotados en ese Estado.

En otras palabras, limitando el discurso a las situaciones bilaterales, puede decirse que en estos casos, al coincidir el Estado de la residencia con el Estado de la actividad -y siendo éste además el Estado que ha de reconocer la deducibilidad del gastos, en la lógica de que el empleador, si cuenta con un trabajador, será un obligado tributario en este país bien por ser residente o bien por contar al menos con un establecimiento permanente situado en el mismo-, resulta coherente con el principio básico antes referido atribuir exclusivamente la potestad tributaria al Estado de la residencia.

1. 2. Segundo criterio: Tributación compartida por el Estado de la residencia del empleado y el Estado de la actividad.

Plasmación del principio básico antes referido, en aquellos supuestos en los que el empleo se entienda realizado total o parcialmente en el Estado contratante en el que no es residente el trabajador, el criterio analizado en el apartado anterior no va a resultar aplicable pues, en tales hipótesis, el Estado de la actividad ya no coincide plenamente con el Estado de la residencia.

Por esta razón, el artículo 15. 1 *in fine* MC OCDE recoge para estos supuestos un criterio de tributación compartida sobre las rentas por el empleo a favor del Estado de la residencia del trabajador y del Estado de la actividad.

Sentado esto, nada se dice sin embargo en este precepto sobre la existencia de un límite cuantitativo a la potestad tributaria atribuida al Estado de la actividad donde ésta se desarrolla parcial o totalmente.

En este sentido, aunque pareciera innecesario tener que aclarar expresamente que el poder tributario del Estado de la actividad debería quedar limitado a las rentas por el

empleo percibidas por el trabajo que se entienda realizado en su territorio, no está de más recordarlo pues lo cierto es que, en este punto, no existe un pleno consenso sobre el modo de calcular estas rentas, ya que hay quienes tienen en cuenta a tales efectos todos los días de duración de la actividad y quienes, en cambio, consideran sólo los días de trabajo efectivo -o a disposición del empleador- y no los de mera presencia en el Estado de la actividad.

Sea como fuera, y yendo por delante que no resulta fácil determinar las rentas por el empleo correspondientes al trabajo realizado en el Estado de la actividad⁸, se cree que a tales efectos, más que las reglas contenidas en los Comentarios al MC OCDE a otros fines⁹, una fórmula

⁸ Se dice que no resulta fácil porque hay circunstancias como los días de enfermedad del trabajador o de los familiares, la tipología de las remuneraciones -*bonus* por objetivos, primas de impatriación, cantidades para la equalización fiscal...- etc., difíciles de vincular a la actividad desarrollada en uno u otro Estado y que, en consecuencia, pueden repercutir en una y otra variable de la fórmula, haciendo del cálculo de las rentas por el empleo correspondientes al trabajo realizado en el Estado de la actividad una cuestión de ardua solución y llena de matices de naturaleza fáctica que han de aclararse caso a caso.

⁹ En los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 5) se contemplan una serie de reglas para el cómputo de los 183 días de permanencia a que se refiere la letra a) del artículo 15. 2 MC OCDE, reglas que, aunque algunos autores tratan de servirse de ellas para el cálculo las rentas por el empleo correspondientes al trabajo que se entiende realizado en el Estado de la actividad, se cree no obstante no han tomarse sin más a este objeto, pues esta finalidad y la del artículo 15. 2 letra a) MC OCDE son distintas, este último precepto se sirve de la mayor o menor permanencia temporal en el Estado de la actividad para demostrar la vinculación del trabajo con el mismo y así, en su caso, atribuir exclusivamente la potestad tributaria al Estado de la residencia, mientras que en el artículo 15. 1 *in fine* MC OCDE la presencia en el Estado de la actividad debería ser un dato a tener en cuenta para la distribución de la potestad tributaria sobre las rentas por el empleo en un escenario de reparto de la misma, pero conjuntamente con otro quizá más determinante cual es la correspondencia entre éstas y el trabajo que se entienda realizado en el Estado de la actividad.

En otras palabras, la permanencia en el artículo 15. 2 MC OCDE es un presupuesto *per se* para la aplicación de la excepción prevista en este precepto, mientras que la presencia en el artículo 15. 1 *in fine* MC OCDE es un dato a tener en cuenta para determinar el importe de las rentas por el empleo devengadas por el trabajo que se entienda realizado en el Estado de la actividad, vinculación entre rentas satisfechas y trabajo realizado cuya confirmación exigiría no sólo la presencia sino también el desarrollo de la actividad generadora de las primeras. De ahí, como se verá, que

adecuada de calcular las mismas es la que sigue PÖTGENS¹⁰:

$$\text{Rentas del empleo Estado actividad} = \frac{\text{N}^\circ \text{ días de trabajo efectivo Estado actividad}}{\text{N}^\circ \text{ días de trabajo efectivo año}} \times \text{Remuneraciones anuales}$$

Expuesta esta problemática, debe completarse lo relativo a este criterio de atribución de la potestad tributaria señalando que en estos supuestos de imposición compartida sobre las rentas por el empleo entre el Estado de la actividad y el Estado de la residencia, éste último deberá articular, en su caso, el pertinente mecanismo para evitar la doble imposición según se prevea en el correspondiente CDI.

los fines de semana, las vacaciones, etc. tengan un papel distinto en uno y otro precepto.

Sobre este punto, PÖTGENS señala que las expresiones en cuestión, presencia para la realización del empleo en el Estado de la actividad (artículo 15. 1 *in fine* MC OCDE) y permanencia física en el mismo (artículo 15. 2 MC OCDE), tiene un significado distinto, la primera requiere la presencia física del empleado para el desarrollo de su actividad, mientras que en la segunda basta ésta sin ulteriores finalidades (PÖTGENS, 2006, 505).

10 PÖTGENS, 2006, 864.

Por "Nº de días de trabajo efectivo" -como traducción de *contractually agreed working days*- puede entenderse los días que efectivamente ha de estar a disposición del empleador para, en su caso, trabajar, de manera que, aclara el autor, en el numerador no han de incluirse vacaciones, fines de semana, etc. correspondientes al periodo de tiempo en el Estado de la actividad, mientras que en el denominador han de computarse los días del año menos los días de vacaciones, fines de semana, etc.

En España, CALDERÓN CARRERO se muestra partidario de una solución similar y subraya que a tales efectos "*la fórmula para fijar la tributación de estos trabajadores [en el Estado de la actividad] es «per working day of physical presence» y no el cómputo más extensivo que opera sobre la base de la «duration of the activity»*" (CALDERÓN CARRERO, 2010, 423).

1. 3. Tercer criterio: Tributación exclusiva del Estado de la residencia del empleado en (determinados) supuestos de desplazamientos breves de trabajadores.

Como excepción de los recogidos en el artículo 15. 1 MC OCDE, en el artículo 15. 2 MC OCDE se alberga un criterio de atribución de la potestad tributaria por el cual ésta corresponderá exclusivamente al Estado de la residencia del trabajador aun cuando el empleo se entienda realizado en el territorio del Estado de la actividad.

1. 3. 1. Finalidad

Con la consagración de este criterio de atribución de la potestad tributaria, que no materializa estrictamente aquel principio básico al que se hizo referencia al inicio y en virtud del cual la imposición de las rentas por el empleo hace al Estado de la actividad, lo que se pretende es, al menos, no desincentivar por motivos fiscales la movilidad internacional de trabajadores por corto plazo.

En efecto, en la medida que en estos supuestos de movilidad el empleo se entiende realizado en el Estado de la actividad siquiera parcialmente, la aplicación del principio básico antes mencionado exigiría que este Estado pudiera ejercitar su potestad tributaria al menos sobre las rentas por el empleo correspondientes al trabajo desarrollado en su territorio.

Sin embargo, ello comportaría inconvenientes de índole fiscal, principalmente porque el empleador que satisface tales rentas, de no concurrir las circunstancias que a continuación se verán -y que obstan la aplicación de este criterio-, no podría deducir el gasto que las mismas le supone al no estar sujeto a imposición en el Estado de la actividad (o para

poder hacerlo debería observar determinadas requisitos que podrían considerarse una carga administrativa excesiva)¹¹.

Recuérdese en este sentido que, además del principio básico anteriormente traído a colación, otra idea fundamental que inspira el artículo 15 MC OCDE es la de atribuir la potestad tributaria sobre las rentas por el empleo al Estado que deba reconocer la deducibilidad del gastos en que se incurre para satisfacer las mismas, circunstancia que para estos supuestos, en atención a lo dicho y en referencia siempre a situaciones bilaterales, se materializa en el Estado de la residencia del trabajador.

Por ello, excepcionando tal principio básico, el artículo 15. 2 MC OCDE atribuye la potestad tributaria exclusiva al Estado de la residencia del trabajador¹², en la consideración de que las rentas por el empleo correspondientes al trabajo que se entienda realizado en el Estado de la actividad no están vinculadas al mismo hasta un punto tal que justifique compartir la potestad tributaria sobre éstas¹³, con los

-
- 11 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 6. 2 *in fine*). En idéntico sentido véanse PÖTGENS (2010, 470) y WALDBURGER, que precisa que el artículo 15. 2 MC OCDE trata de evitar los innecesarios efectos que, a tal fin, supondría una distribución de la potestad tributaria entre el Estado de la residencia y el Estado de la actividad con el consiguiente exceso de carga administrativa en uno y otro país (WALDBURGER, 2008, 186).
 - 12 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentarios 6. 2 y 7). Más allá de las fuentes doctrinales anteriores, en este sentido HORTALÁ I VALLVÈ, tras referirse a la cuestión de la carga administrativa, señala también sobre la finalidad del artículo 15. 2 MC OCDE que *“El segundo motivo es que en la medida en que las remuneraciones no sean fiscalmente deducibles del Estado de la fuente parece discutible que puedan ser sometidas a imposición, de lo contrario el Estado de la residencia verá como debe otorgar la deducibilidad de la remuneración al empleador y además un crédito fiscal a su perceptor”* (HORTALÁ I VALLVÈ, 2007, 516).
 - 13 En efecto, afirma PÖTGENS que el artículo 15. 2 MC OCDE crea una suerte de regla de mínimos en virtud de la cual si el contacto del Estado de la actividad con las rentas por el empleo no es suficiente, sólo el Estado de la residencia tendría la potestad para hacer tributar por la mismas (PÖTGENS, 2006, 465), y en este sentido, sobre ese contacto, precisa CALDERÓN CARRERO que *“los requisitos establecidos en las letras b) y c) del apartado 2º del referido precepto pretenden garantizar que el Estado en el que se realiza el empleo mantenga su derecho a gravar la percepción de*

inconvenientes fiscales que supone y los efectos disuasorios que los mismos pueden tener en la movilidad internacional de trabajadores.

Indicativos de esta circunstancia son los presupuestos para la aplicación del artículo 15. 2 MC OCDE que se analizan a continuación, cuya concurrencia denotaría que, aunque el trabajo se desarrollara en el Estado de la actividad, las rentas por el empleo derivadas del mismo no estarían sin embargo suficientemente vinculadas a éste atendiendo a la duración del traslado y a quién es el pagador de las mismas.

1. 3. 2. Presupuestos del artículo 15. 2 MC OCDE

Para la aplicación de este criterio de atribución de la potestad tributaria, como se ha dicho, el artículo 15. 2 MC OCDE exige que concurren determinados presupuestos relativos a la duración del traslado y al pagador de las rentas por el empleo.

Sin duda, la literalidad del artículo 15. 2 MC OCDE en este punto ha sido y es criticada pues los presupuestos están redactado de forma negativa, lo que dificulta de manera importante el entendimiento de este precepto¹⁴.

No es extraño por ello que la doctrina venga patrocinado una reformulación del artículo 15. 2 MC OCDE en una forma positiva, i. e. señalando que al Estado de la actividad se le atribuiría también la potestad tributaria sobre las rentas por el empleo correspondientes al trabajo que se entienda realizado en su territorio, siempre y cuando el trabajador

tales remuneraciones salariales cuando su pago reduzca la base imponible de una persona o entidad gravada en dicho Estado” (CALDERÓN CARRERO, 2010, 425).

14 PÖTGENS, 2006, 477 y 478.

Por esta razón, para un entendimiento del artículo 15. 2 MC OCDE, HORTALÁ I VALLVÈ sostiene que este precepto podría leerse en sentido inverso positivo (HORTALÁ I VALLVÈ, 2007, 518).

haya permanecido más de 183 días en el mismo, o cuando las rentas por el empleo hayan sido soportadas por un empleador residente en el Estado de la actividad o por un establecimiento permanente que el empleador tiene en este Estado¹⁵.

De concurrir estas circunstancias, se justificaría la atribución de la potestad tributaria al Estado de la actividad sobre las rentas por el empleo correspondientes al trabajo que se entienda realizado en su territorio, pues, en estos casos, la vinculación entre éstas y el Estado de la actividad quedaría justificada, no sólo por aplicación del principio básico de imposición en el país donde se desarrolle el empleo, sino también por la de esa otra idea fundamental en virtud de la cual corresponde la tributación al Estado que tiene que reconocer la deducibilidad del gasto en el que el empleador incurre para satisfacer las rentas por el empleo.

Dicho esto, procede analizar estos presupuestos para la aplicación del criterio de atribución de la potestad tributaria contenido en el artículo 15. 2 MC OCDE.

1. 3. 2. a) Permanencia del empleado en el Estado de la actividad

Para que pueda atribuirse la potestad tributaria en exclusiva al Estado de la residencia del empleado en estos supuestos de movilidad internacional de trabajadores, la letra a) del artículo 15. 2 MC OCDE exige que éste, el empleado, no haya permanecido más de 183 días, de manera continuada o sucesiva, en cualquier período de doce meses¹⁶

15 En estos términos, PÖTGENS propone la reforma del artículo 15. 2 MC OCDE (PÖTGENS, 2006, 861). WALDBURGER propone redacciones alternativas del artículo 15. 2 MC OCDE con el objetivo de resolver los problemas aplicativos de los que conoce este precepto (WALDBURGER, 2008, 193 a 196).

16 Véase lo dicho por PÖTGENS sobre algunos problemas que pueden surgir en torno a cómo debe entenderse y aplicarse ese periodo de referencia de doce meses -¿se

que comience o termine en el año fiscal considerado. Esta fórmula, como se especifica en los Comentarios al MC OCDE, fue introducida -en lugar de aquella otra que tomaba como referencia “*el año fiscal considerado*”- para evitar posibles operaciones fraudulentas que se podían producir en aquellos casos en los que el año fiscal de los Estados contratante no coincidía¹⁷.

Sentado lo anterior, dos son las cuestiones que suelen traerse a colación en relación con este presupuesto.

De una parte, los Comentarios al MC OCDE señalan, y los autores coinciden, en que la permanencia en el Estado de la actividad que requiere el artículo 15. 2 letra a) MC OCDE exige sólo la presencia física del empleado en el mismo¹⁸, a diferencia del requisito de realización del empleo en el Estado de la actividad a efectos del artículo 15. 1 *in fine* MC OCDE que, como se ha visto, precisaba no sólo de esta presencia física, sino también, conjuntamente, del desarrollo de la actividad generadora de las rentas por el empleo o de estar a disposición del empleador.

De otra, establecido que los días que han de computarse a efectos del artículo 15. 2 letra a) MC OCDE son aquellos de mera presencia física del trabajador en el Estado de la actividad, la siguiente cuestión que ocupa es aquella

aplica por meses naturales? ¿se pueden sobreponer periodos de doce meses?-(PÖTGENS, 2006, 556 a 562).

Igualmente, téngase en cuenta los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 4 *in fine*)

- 17 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 4).

De este cambio en el MC OCDE da cuenta PÖTGENS (PÖTGENS, 2006, 562 a 568), si bien, relativiza el alcance del mismo al señalar que en la mayoría de Estados el año fiscal coincidir con el año natural y apuntar, sin afán exhaustivo, cuál es el año fiscal en otros en los que éste no concuerda con el año natural.

- 18 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 5)

En idéntico sentido, PÖTGENS precisa que la permanencia del artículo 15. 2 letra a) MC OCDE requiere solo la presencia física, requisito que, al no estar relacionado con el desarrollo del empleo, concurre incluso en relación con días en los que no se prestan servicios al empleador (PÖTGENS, 2006, 504).

relativa qué días han de considerarse como de presencia física en el mismo y cuáles no. Sobre esta cuestión se pronuncian los Comentarios al MC OCDE individuando algunos días específicos que deben tenerse en cuenta o no a tales efectos¹⁹, y dejando una suerte de principios que deberían de servir de guías al respecto: por un lado, los días pasados completamente fuera del territorio del Estado de la actividad, por cualquier razón, no se tienen en cuenta a estos efectos, mientras que, por el otro, sí que se computan los días en los que una parte del mismo, por breve que sea, se ha estado en el territorio de este Estado²⁰.

Sea como fuere, antes las dificultades interpretativas que genera el artículo 15. 2 letra a) MC OCDE en cuanto al cómputo de los 183 días que este precepto prevé, la OCDE evacuó un Informe²¹ en el que desarrolla ampliamente esta cuestión, señalando y explicando los días que tendrán en cuenta y los que no a tales efectos.

En definitiva, para que pueda atribuirse la potestad tributaria en exclusiva al Estado de la residencia del trabajador en supuestos de empleo desarrollado total o parcialmente en el Estado de la actividad, el artículo 15. 2 letra a) MC OCDE exige *grosso modo* que éste, el trabajador desplazado, no haya permanecido más de 183 días en el Estado de la actividad, equiparándose tal permanencia a la mera presencia física.

1. 3. 2. b) Pagador de las rentas por el empleo

Una vez concurra el presupuesto de la permanencia previsto en la letra a) del artículo 15. 2 MC OCDE,

19 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 5).

20 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 5 *in fine*).

21 Bajo título “*The 183 day rule: Some problems of application and interpretation*”, puede encontrarse este Informe en “*Model Tax Convention: Four related studies*”, OCDE, París, 1992, página 10 y ss.

posteriormente, para atribuir la potestad tributaria en exclusiva al Estado de la residencia del empleado, en las letras b) y c) de este precepto se viene a exigir sustancialmente que las rentas por el empleo satisfechas al trabajador desplazado no hayan sido pagadas, directa o indirectamente, por un empleador residente en el Estado de la actividad o soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en este último Estado.

Como se ha dicho anteriormente, este requisito responde a aquella idea fundamental que informa al artículo 15 MC OCDE y en virtud de la cual habría de atribuirse la potestad tributaria al Estado que reconozca la deducibilidad del gasto para satisfacer estas rentas por el empleo, Estado que, en este caso, no puede ser el Estado de la actividad, pues, precisamente, lo que exigen las letras b) y c) del artículo 15. 2 MC OCDE es que el empleador no sea residente en éste o cuente en el mismo con un establecimiento permanente que soporte tal gasto²².

De esta forma, las letras b) y c) del artículo 15. 2 MC OCDE -junto con el presupuesto recogido en la letra a) de este mismo precepto- debilitan el vínculo que el Estado de la actividad pudiera tener con las rentas del empleo satisfechas al trabajador desplazado por el hecho de haber prestado éste los servicios en su territorio, de manera que, en tal circunstancias, más allá de las situaciones triangulares, la potestad tributaria habrá de atribuirse exclusivamente al Estado de la residencia del trabajador.

Atendiendo a lo dicho hasta ahora, no es difícil imaginar que el principal problema que presenta la aplicación de la letras b) y c) del artículo 15. 2 MC OCDE radica en quién se entiende que es el empleador que paga o soporta las rentas por el empleo satisfechas al trabajador desplazado,

22 Véase lo que se ha señalado al respecto en la nota 11.

transcendental e irresoluble cuestión que por su complejidad siquiera pueda abordarse en este trabajo²³.

No obstante, no es este el único inconveniente que se presenta en orden a determinar la concurrencia o no de los presupuestos contenidos en las letras b) y c) del artículo 15. 2 MC OCDE, habiéndose suscitado otras dudas ya sea en relación con el concepto de empleador sobre el que gravitan los requisitos exigidos por estos preceptos, que en relación con las expresiones “pagadas por” o “soportadas por” empleadas por éstos en referencia a las rentas por el empleo satisfechas.

Así es, en lo que tocante al concepto de empleador, se ha criticado que en la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE se hace uso de la expresión “un empleador”, quedando desatendidos de esta forma a aquellos otros supuestos, no necesariamente extraños -por la cohabitación de un empleado formal y de un posible empleador económico-, en los que los trabajadores desplazados puedan conocer de más de un empleador²⁴.

Igualmente, se ha planteado también si concurre o no el presupuesto de las letras b) y c) del artículo 15. 2 MC OCDE cuando el empleador (o su establecimiento permanente) que satisface (o soporta) las rentas por el empleo, siendo residente en el Estado de la actividad, está sujeto mas no soporta una imposición efectiva en el mismo -y por lo tanto no deduce total o parcialmente el gasto en que se ha

23 Sirvan a estos efectos los precedentes traídos a colación al respecto en la nota 2. De obligada consulta los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentarios 8. 2 a 8. 15 especialmente).

24 PÖTGENS, 2006, 656 a 658.

Analizando los ejemplos que al respecto se encuentran en los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentarios 8. 16 a 8. 27), PÖTGENS critica que se niegue que el empleador formal y el empleador material puede ser considerados contemporáneamente como empleadores a efectos de los Convenios, concluyendo que puede haber más de un empleador a los fines de la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE.

incurrido para satisfacer tales rentas, circunstancias ésta que era coadyuvaba a que en estos casos se atribuyera la potestad tributaria a favor del Estado de la actividad⁻²⁵.

Por lo anterior, para evitar algunos de estos problemas en torno al término empleador, se ha señalado que quizá resultaría conveniente sustituir el mismo en el artículo 15. 2 MC OCDE por el de persona²⁶, concepto éste último que, al estar definido en el MC OCDE²⁷, podría evitar algunos de los inconvenientes interpretativos y de aplicación que se han generado en torno al término empleador.

25 PÖTGENS, 2006, 673 y 743 y 744.

Respecto de los establecimientos permanentes, PÖTGENS, siguiendo los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentarios 7. 1), afirma que el presupuesto de la letra c) del artículo 15. 2 MC OCDE no requiere una deducción efectiva del gasto incurrido para satisfacer las rentas por el empleo, mientras que, respecto del empleador residente en el Estado de la actividad y distinguiendo entre “*liable to tax*” y “*subject to tax*”, considera que si el término residente utilizado en la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE es interpretado ampliamente, entonces no se requiere que el empleador esté sujeto a imposición efectiva.

Aunque en referencia sólo a los establecimientos permanentes a los que se refiere la letra c) del artículo 15. 2 MC OCDE, en España, CALDERÓN CARRERO sostiene que al respecto que “*no es necesariamente concluyente que el hecho de que el empleador haya o no deducido efectivamente la remuneración al calcular los beneficios imputables al EP, ya que el criterio correcto es saber si se permitiría que la deducción que pudiera concederse por tal remuneración resulta atribuible al EP [...] dicho criterio se verificaría, por ejemplo, incluso en el caso en que realmente no se dedujera suma alguna porque el establecimiento permanente estuviera exento*” (CALDERÓN CARRERO, 2010, 370).

26 PÖTGENS, 2006, 668 a 670.

Concretamente, apunta PÖTGENS, la modificación sugerida continuaría siendo acorde con el objeto y finalidad del artículo 15. 2 MC OCDE, pues este precepto parte de la premisa que el Estado de la actividad debe tener la potestad tributaria para someter a imposición las rentas por el empleo si este Estado tiene que permitir la deducción del gasto correspondiente, y desde esta perspectiva, no parece vital tener un empleador residente en el Estado de la actividad que asuma tal gasto. Sin pronunciarse a favor o en contra, en España, CALDERÓN CARRERO también hace mención a esta cuestión y hace ver que “*Otros CDI’s emplean una terminología más laxa cuando obvian el término «empleador» y lo sustituyen por «persona»*” (CALDERÓN CARRERO, 2010, 368).

27 Véase lo dispuesto en la letra a) del artículo 3. 1 MC OCDE:

“1. A los efectos de este Convenio, a menos que del se infiera una interpretación diferente:

a) el término “*persona*” comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas”.

Por otra parte, las expresiones “pagadas por” o “soportadas por” referidas a las rentas por el empleo también han suscitado ciertos inconvenientes en cuanto a su entendimiento y aplicación.

En efecto, a diferencia de la expresión “pagadas por” empleada en la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE y sobre la que nada dicen los Comentarios al MC OCDE, en estos sí se ofrece una interpretación de la expresión “soportadas por”, interpretación en virtud de la cual se reputa que el gasto incurrido para satisfacer las rentas por el empleo es atribuible al establecimiento permanente situado siempre y cuando los servicios prestados por el trabajador beneficien su actividad²⁸.

Sea como fuera, la expresión “soportadas por” no exige, lógicamente, que el establecimiento permanente deba pagar efectivamente las rentas por el empleo, no requiriéndose tampoco, como ya se ha dicho antes, la deducción del gasto que tales rentas representan, sólo su deducibilidad.

Sucede, en cambio, que los Comentarios al MC OCDE no determinan que debe entenderse por la expresión “pagadas por” -aunque debiera hacerse referencia a las expresiones de la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE, pues en este precepto se manejan tanto la locución “pagadas por” como “pagadas en nombre de”, omisión que ha sido integrada por la doctrina que ha perfilado el contenido de las mismas.

28 Véase lo dispuesto en los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 7): *“La expresión ‘soportadas por’ debe interpretarse a la luz del propósito subyacente en la letra c) del apartado 2 del Artículo, que consiste en garantizar que la excepción prevista en el apartado 2 no se aplique a la remuneración potencialmente deducible, teniendo en cuenta los principios del Artículo 7 y la naturaleza de la remuneración, al calcular las utilidades de un establecimiento permanente situado en el Estado en el que se realiza el trabajo dependiente”*. Al respecto, léase también a PÖTGENS (2006, 695 y 696) y a CALDERÓN CARRERO (2010, 370).

Aunque de la literalidad de ambas expresiones pudiera deducirse su significación, no está de más recordar que, a los efectos de afirmar la concurrencia del presupuesto de la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE, la locución “pagadas por” comprende a aquellos supuestos en los que el empleador, no residente en el Estado de la actividad, es, al mismo tiempo, quien paga las rentas por el empleo y el asume los costes que las mismas comportan, mientras que bajo la expresión “pagadas en nombre de” se albergan esos otros supuestos en los que, actuando otra persona o entidad -cualquiera que sea su residencia- como pagador de las rentas por el empleo, existe un empleador, no residente en el Estado de la actividad, que es quien asume el gasto que tales rentas implican mediante su repercusión por quien actúa como pagador²⁹.

Siguiendo los Comentarios al MC OCDE³⁰, debe advertirse que es posible encontrar CDI's en los que, para evitar dificultades administrativas, se restringe el ámbito de aplicación del artículo 15. 2 MC OCDE, dándosele otra redacción al presupuesto de la letra b) de este precepto en virtud de la cual se exige, no ya que el empleador no sea residente en el Estado de la actividad, sino que sea residente en el Estado de la residencia del trabajador.

29 En este sentido, PÖTGENS (2006, 705 a 707).

30 Véase lo dispuesto en los Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 6 *in fine*):

“Algunos Estados pueden, sin embargo, considerar inadecuado extender la excepción del apartado 2 a los casos en que el empleador no sea residente del mismo Estado de residencia del empleado, ya que en tal caso podrían existir dificultades administrativas para determinar las remuneraciones del empleado o para hacer efectivas las obligaciones del empleador en lo referente a la práctica de retenciones”.

Por esta razón, prevén los Comentarios al MC OCDE la siguiente redacción alternativa de la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE:

“b) las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que es residente del Estado mencionado en primer lugar”.

A imagen de lo que se ha dicho anteriormente, se insiste en que este presupuesto de la letra b) del artículo 15. 2 MC OCDE no obliga a que el gasto que supone el pago de las rentas por el trabajo se deduzca por el empleador, sino que sea deducible.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, debe concluirse que en las letras b) y c) del artículo 15. 2 MC OCDE se recogen sendos presupuestos que, con mayor que menor complejidad, consagran la idea de que, para atribuir en exclusiva la potestad tributaria al Estado de la residencia del trabajador en los supuestos de breves desplazamientos transnacionales, el pagador de las rentas por el empleo no debe ser un residente en el Estado de la actividad.

1. 4. Criterio especial: Tributación del Estado de la residencia del empleador en supuestos de trabajos a bordo de buques, aeronaves y embarcaciones.

De carácter especial frente a los criterios generales recogidos en el artículo 15. 1 y 2 MC OCDE, en el artículo 15. 3 MC OCDE, alejándose del principio de imposición en el Estado de la actividad, se prevé que, en los supuestos de empleos realizados a bordo de buques y aeronaves explotadas en tráfico internacional³¹ -o de embarcaciones destinadas a navegación interior³²-, corresponde la potestad

31 A diferencia de otras expresiones que se emplean en el artículo 15. 3 MC OCDE, que son empleadas (e interpretadas) en otros preceptos del MC OCDE o por la normativa interna *ex* artículo 3. 2 MC OCDE, el concepto de tráfico internacional queda delimitado en la letra e) del artículo 3. 1 MC OCDE, que sienta al respecto que “la expresión «tráfico internacional» significa todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotado por una empresa cuya sede de dirección efectiva esté situada en un Estado contratante, salvo cuando el buque o aeronave sea explotado únicamente entre puntos situados en el otro Estado contratante”.

32 Teniendo en cuenta la estrecha relación que se verá existe entre el artículo 15. 3 MC OCDE y el artículo 8. 1 y 2 MC OCDE, una justificación de por qué se aplica el mismo régimen en relación con las embarcaciones destinadas a navegación interior puede encontrarse en los Comentarios al MC OCDE (artículo 8, comentario 16), donde se considera se apunta que “Este apartado pretende aplicar al transporte por

tributaria sobre las rentas por tales empleos al Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa que explota esos medio de transporte -en adelante, Estado de la residencia del empleador-.

La razón de por qué el artículo 15. 3 MC OCDE alberga este criterio especial de atribución de la potestad tributaria es doble.

De una parte, considerando que este precepto hace referencia a la actividad de transporte internacional, no resultaría fácil aplicar el principio informador del artículo 15 MC OCDE en virtud del cual las rentas por el empleo han de tributar en el Estado de la actividad, Estado de la actividad que es sumamente difícil de identificar en determinados supuestos de este tipo de transportes al transcurrir los mismos por diversos Estados, de ahí que se opte por atribuir entonces la potestad tributaria al Estado de la residencia del empleador³³ -frente a la otra posible alternativa de otorgarla al Estado de la residencia del trabajador³⁴-.

De la otra, la opción por atribuir la potestad tributaria al Estado de la residencia del empleador es coherente con aquella otra idea fundamental que inspira el artículo 15 MC OCDE consistente en otorgar la potestad tributaria a aquel Estado que hubiera de reconocer la deducibilidad del gasto que implica la satisfacción de las rentas por el empleo correspondientes.

aguas interiores el mismo tratamiento que al transporte internacional marítimo y aéreo. La disposición se aplica no sólo al transporte por vías navegables entre dos o más países, sino igualmente al transporte por vías navegables efectuado por una empresa de un país determinado entre dos puntos situados en otro país”.

33 En este sentido se pronuncian PÖTGENS (2006, 794) y WOUTERSON (2009, 149).

34 Recuerda esta posibilidad CALDERÓN CARRERO señalando que en diversas versiones del modelo de convenio estadounidense se ha optado por atribuir la potestad tributaria al Estado de la residencia de la persona que ejecuta el trabajo a bordo (CALDERÓN CARRERO, 2010, 370).

Así es, en la medida que el artículo 8. 1 y 2 MC OCDE atribuye la potestad tributaria sobre los beneficios de las empresas que explotan buques y aeronaves en tráfico internacional -y embarcaciones destinadas a navegación interior- al Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa -que, en estos casos, coincide con el Estado de la residencia del empleador-, el gasto en que incurren estas empresas para satisfacer las rentas por el empleo a sus trabajadores sería una partida que reduciría los beneficios de las mismas en el Estado de la residencia del empleador, y por esta razón, para compensar esa pérdida de ingresos, se otorga a este Estado la potestad tributaria para gravar las rentas por el empleo³⁵.

Pese a las razones anteriores, debe apuntarse que este criterio de distribución de la potestad tributaria sobre las rentas por estos empleos contenido en el artículo 15. 3 MC OCDE no es exclusivo, sino un criterio posible previsto en el MC OCDE a tales efectos, lo que no obsta que se puedan adoptar otros criterios de distribución a favor del Estado de la actividad o del Estado de la residencia del trabajador.

No obstante, la adopción de estos otros criterios podría generar dificultades, pues, de una parte, significaría que en tales transportes internacionales se podrían ver implicados varios CDI's y soberanías fiscales según los Estados por los que los buques o aeronaves transiten o según las distintas residencias fiscales presentes en las tripulaciones, y, de otra, comportaría que en relación con estos transportes internacionales podrían darse supuestos de no imposición

³⁵ Sobre la relación (compensatoria) entre el criterio de atribución de la potestad tributaria del artículo 15. 3 MC OCDE y el del artículo 8. 1 y 2 MC OCDE puede leerse a PÖTGENS (2006, 795 y 796) y a WOUTERSON (2009, 150). Advierte el primero que la atribución de la potestad tributaria al Estado de la residencia del empleador ex artículo 15. 3 MC OCDE puede derivar en una sobre-compensación.

o doble imposición por la cohabitación de estos distintos criterios de distribución de la potestad tributaria³⁶.

Una vez expuesto y, en la medida de lo posible, justificado este criterio especial de atribución de la potestad tributaria contenido en el artículo 15. 3 MC OCDE, es menester a continuación relacionar algunos problemas aplicativos que el mismo conoce.

Así, en primer lugar, se ha planteado cuál es el ámbito subjetivo de aplicación de este precepto del MC OCDE, pues, si se atiende a su literalidad -“*remuneraciones obtenidas de un empleo realizado a bordo de un buque o aeronave*”-, podría sostenerse en principio que el mismo fuera aplicable a cualquier renta que se perciba por un empleo que se realiza en el buque o aeronave aunque lo desarrolle alguien ajeno a la tripulación. Lógicamente, este no es el sentido que debiera darse al artículo 15. 3 MC OCDE, y por ello, siguiendo el modelo de convenio estadounidense, se considera que hubiera sido conveniente limitar el ámbito subjetivo del artículo 15. 3 MC OCDE a los miembros regulares de la tripulación³⁷.

A efectos de aplicar o no sólo el artículo 15. 3 MC OCDE, también ha suscitado algunas dudas acerca si por “*empleo realizado a bordo de un buque o aeronave*” han de reputarse también aquellas actividades que los miembros

36 No es de extrañar por ello que los autores apunten que la adopción de estos otros criterios da lugar a tales dificultades (PÖTGENS 2006, 795), y que, por tal, se recomiende la opción por consagrar la atribución de la potestad tributaria exclusiva al Estado de la residencia del empleador (CALDERÓN CARRERO, 2010, 370).

37 PÖTGENS (2006, 795 y 796) y, en España, HORTALÁ I VALLVÈ (2007, 516). Visto que en el modelo de convenio estadounidense no se define qué es y quiénes forman parte regularmente de la tripulación, como denuncia HORTALÁ I VALLVÈ, en este sentido WOUTERSON va a distinguir a tales efectos entre una tripulación *técnica*, una tripulación *ordinaria* -incluido, por ejemplo, el cocinero de la tripulación- y el resto de personas sobre el buque o aeronaves -piénsese en camareros para pasajeros, *croupiers*, etc.-, a los que no resultaría de aplicación en sus actividades el artículo 15. 3 MC OCDE (WOUTERSON, 2009, 153).

de la tripulación realizan en tierra (gestiones portuarias, abastecimientos, etc.), o si por el contrario, y a tenor de su literalidad, éstas quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 15. 3 MC OCDE y recaen en los criterios del artículo 15. 1 y 2 MC OCDE.

Pues bien, se ha mantenido al respecto que no será necesario realizar esta diferenciación -y por tanto prorratear las remuneraciones a los efectos de aplicar a las unas el artículo 15. 3 MC OCDE y a las otras el artículo 15. 1 y 2 MC OCDE- cuando el lugar de trabajo habitual sea el buque o aeronave y la actividad principal o predominante se desarrolle a bordo³⁸.

Otra cuestión que se deriva del criterio de atribución de la potestad tributaria recogido en el artículo 15. 3 MC OCDE es la de cómo puede aplicarse el mismo a determinadas modalidades de arrendamiento de buques y aeronaves. En efecto, descartando de esta problemática los casos de *dry lease* o arrendamiento de buques o de aeronaves a casco desnudo³⁹, en los casos de *wet lease* -arrendamiento (habitualmente) de aeronaves con tripulación, mantenimiento y seguros- puede suceder sin embargo que una misma tripulación realice su empleo a bordo de buques o aeronaves que son

38 En este sentido se pronuncian WOUTERSON (2009, 156) y CALDERÓN CARRERO (2010, 370).

39 Teniendo en cuenta la relación existente entre el artículo 8. 1 y 2 MC OCDE y el artículo 15. 3 MC OCDE, WOUTERSON justifica la no aplicación de este último a los casos de *dry lease* por el hecho de que éstos caen fuera del ámbito de aplicación del 8 MC OCDE y se rigen por el artículo 7 MC OCDE (WOUTERSON, 2009, 164).

En este sentido, véase como en los Comentarios al MC OCDE (artículo 8, comentario 5) se aplica este criterio diferenciador “*Las utilidades obtenidas por el arrendamiento de un buque o aeronave completamente armado, tripulado y equipado deben tratarse de la misma manera que las utilidades del transporte de pasajeros o mercancías. De no ser así caería fuera del campo de aplicación de la disposición una gran parte del sector de transporte marítimo y aéreo. Sin embargo, se aplicará el Artículo 7, y no el Artículo 8, a las utilidades del arrendamiento de buques o de aeronaves a casco desnudo, salvo que constituyan una actividad secundaria para una empresa dedicada a la explotación internacional de buques o aeronave*”.

explotadas por dos o más empresas distintas⁴⁰, surgiendo entonces la (irresuelta) duda de, si ambas empresas operan desde diferentes Estados, a cuál de ellos debe otorgarse la potestad tributaria sobre las correspondientes rentas por el empleo⁴¹.

Finalmente, es de advertirse que la aplicación del artículo 15. 3 MC OCDE no precisa, como excepción a lo dispuesto en el artículo 1 MC OCDE, que los miembros de la tripulación tengan que ser residentes en uno de los Estados contratantes del CDI correspondiente⁴².

1. 5. Rentas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 15 MC OCDE

Para cerrar este somero análisis del artículo 15 MC OCDE debe hacerse una breve mención a cuál es su ámbito material de aplicación, o, con otras palabras, cuáles son las rentas por el empleo que se corresponden con la mención a “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares” que se contiene en el artículo 15. 1 MC OCDE a tales efectos.

En la medida que el MC OCDE no define qué se debe entender por tal, corresponde a la normativa (tributaria) interna de cada Estado contratante, *ex* artículo 3. 2 MC

40 Véanse PÖTGENS (2006, 831) y WOUTERSON (2009, 166).

41 No es de extrañar que, en tales circunstancias, WOUTERSON considere conveniente modificar el criterio del artículo 15. 3 MC OCDE y entienda atribuir entonces la potestad tributaria al Estado de la residencia del trabajador (WOUTERSON, 2009, 172)... aunque ello colisionaría con las dificultades antes descritas en relación con la adopción de criterios distintos al del artículo 15. 3 MC OCDE.

42 PÖTGENS, 2006, 803.

En este sentido, haciendo referencia al artículo 8 MC OCDE, en los comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 9) se subraya que “*al igual que la del apartado 3 del Artículo 15, presupone que la legislación interna del Estado al que se atribuye el derecho de gravamen le permite gravar las remuneraciones de una persona al servicio de la empresa en cuestión, con independencia de su residencia*”.

OCDE, establecer el significado de la expresión “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares”⁴³.

No obstante lo anterior, el problema principal que se presenta en torno a este aspecto del artículo 15 MC OCDE es el relativo a la no (exacta) equivalencia de la locución “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares” con el concepto de rentas por el empleo, pues los conceptos anteriores no comprenden necesariamente todas las rentas que pueden considerarse rentas obtenidas por razón del empleo, surgiendo entonces dudas acerca de la tributación de algunas rentas obtenidas por razón del empleo que podrían quedar fuera de los conceptos “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares”⁴⁴.

Esta cuestión no es baladí, al contrario, según se dé una interpretación más o menos amplia a este concepto de rentas obtenidas por razón del empleo se puede entrar en conflicto con otros tipos de rentas que, aunque conectadas también de alguna forma con el trabajo personal, pueden sin embargo reputarse, por ejemplo, como ganancias del capital -v. gr. las plusvalías obtenidas por la venta de acciones adquiridas por el ejercicio de *stock options* concedidas al empleado en

43 En este sentido, en la letra b) del artículo 694. 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta panameño se dispone que se consideran renta gravable a “*La proveniente del trabajo personal remunerado con sueldos, salarios, gastos de representación u otras remuneraciones en dinero o en especie que se abone a trabajadores o personas contratadas por razón del ejercicio de su profesión u oficio*”, definición de la que debiera poder extraerse entonces que rentas por el empleo satisfechas a los trabajadores caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 15 MC OCDE.

En España, el artículo 17. 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobada mediante Ley 35/2006, de 28 de noviembre, contiene una definición similar, si bien, tras ésta, hace elenco de una serie de rentas por el empleo que menciona específicamente como tales.

44 Se está de acuerdo con el planteamiento de PÖTGENS a este respecto, quien, tras exponer cuáles son los elementos definitorios de las rentas por el empleo -(i) rentas, (ii) obtenidas, (iii) en razón de [elemento causal] y (iv) un empleo-, considera que se puede sostener que los “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares”, con carácter general, entran en el concepto de rentas por el empleo, surgiendo los inconvenientes en este sentido por la inclusión de la locución “otras remuneraciones similares” (PÖTGENS 2006, 159 y 160 y 180).

razón de su condición⁴⁵- o incluso como pensiones -es el caso de las cantidades percibidas por el cese de la relación laboral según se concedan éstas como sustento para el periodo hasta alcanzar la jubilación (prejubilaciones) o para el periodo hasta encontrar a un nuevo trabajo⁴⁶-.

Sin posibilidad de analizar si cada uno de los (múltiples) tipos de remuneraciones que se pueden satisfacer a los trabajadores encuentra acomodo en el concepto de renta por el empleo, pudiera concluirse este aparatado señalando, en primer lugar, que el ámbito material del aplicación sobre el que se proyecta el artículo 15 MC OCDE es una cuestión a determinar por la normativa interna de los Estados contratantes en función de la significación que le den a la expresión “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares”, y, en segundo lugar, que con carácter general tal expresión se acomodará al concepto de rentas por el empleo⁴⁷.

1. 6. Tributación de las rentas por el empleo en los CDI's suscritos por la República de Panamá.

Con carácter general, como se decía, los CDI's suscritos por la República de Panamá respetan los criterios de atribución de la potestad tributaria sobre las rentas por el empleo que se contemplan en el artículo 15 MC OCDE. No obstante, existen algunas particularidades que deben destacarse.

45 Comentarios al MC OCDE (artículo 15, comentario 12. 2).

46 Sobre estos dos puntos de conflictos en la aplicación del artículo 15 MC OCDE o de otros precepto del mismo véanse PÖTGENS, (2006, 838 y 839) y, específicamente sobre los denominados *bridge benefits*, KEMMEREN (2008, 269 y 270).

47 Por ello, siguiendo las sugerencias de PÖTGENS y por la razón señalada en la nota 44, se cree que resultaría quizá conveniente eliminar del artículo 15. 1 MC OCDE la mención a “otras remuneraciones similares” e incluir una locución similar en la que se sustituya tal término por el de rentas (PÖTGENS, 2006, 181).

Así, ignorando el criterio del artículo 15. 3 MC OCDE, en el artículo 15. 3 del CDI Panamá-Barbados se establece que corresponderá al Estado de la residencia del empleado la potestad tributaria sobre las rentas que éste obtenga por el trabajo a bordo de buques y aeronaves.

Igualmente, tras recogerse inicialmente el criterio del artículo 15. 3 MC OCDE, en el artículo 15. 3 *in fine* del CDI Panamá-Singapur se añade, innecesariamente, que el Estado de la residencia del empleado también podrá gravar las rentas que éste obtenga por el empleo a bordo de buques y aeronaves.

Finalmente, es de mencionar que en el artículo 15. 4 del CDI Panamá-Qatar se consagra un específico criterio de atribución de la potestad tributaria, sin fundamento en el MC OCDE, en virtud del cual el jefe de las oficinas locales de las compañías aéreas o de transporte marítimo de un Estado Contratante sólo va a tributar en el Estado de la residencia de la empresa si “*se encuentra estacionado en el otro Estado Contratante por un período máximo de tres años*”. Se apunta que este criterio suscitar algún problema en relación con qué se entienda por los conceptos de jefe y de oficinas locales -¿constituye un establecimiento permanente?-.

2. Rentas obtenidas por consejeros.

2. 1. Tributación en el Estado de la residencia de la sociedad.

Traduciendo *fees* como honorarios, en el artículo 16 MC OCDE⁴⁸ se prevé que los honorarios y demás pagos

⁴⁸ En una traducción al castellano, véase lo dispuesto en el artículo 16 MC OCDE:

“Las remuneraciones en calidad de consejero y otras retribuciones similares que un residente de un Estado contratante obtenga como miembro de un directorio, consejo de administración o de vigilancia de una sociedad

satisfechos a residentes de un Estado contratante, en su condición de consejeros⁴⁹ de una sociedad residente en otro Estado contratante, pueden tributar en este último Estado, en el Estado de la residencia de la sociedad o de la fuente.

Este criterio de atribución de la potestad tributaria sobre los honorarios de los consejeros de sociedades, que no obsta a que el Estado de la residencia del consejero pueda también someter a imposición tales honorarios⁵⁰, responde a la idea fundamental de que el pago de éstos representa un gasto deducible para la sociedad que los satisface, gasto que reduce la base imponible de ésta en el Estado de la fuente y razón por la cual se le atribuye a este Estado la potestad tributaria sobre los mismos⁵¹.

Dicho lo anterior, aunque de menor relevancia, el artículo 16 MC OCDE conoce de determinados problemas en orden a su aplicación.

Así es, en lo referente a cuál es el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 16 MC OCDE, más allá de la resuelta cuestión de si pueden ser consejeros o no las personas jurídicas⁵², dos son las dudas que se han suscitado.

residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado”.

49 Aunque se volverá sobre este punto más adelante, en España que a estos efectos se haga mención, no tanto a la condición de consejero, sino a la de miembro de un consejo de administración o de vigilancia. En este sentido, léase a TRAPÉ VILADOMAT (2010 a, 427).

50 Así lo indican PROKISCH (2008, 197) y TRAPÉ VILADOMAT (2010 a, 429), quienes, a continuación señalan que será el Estado de la residencia del consejero el que aplique el correspondiente mecanismo para evitar la doble imposición.

51 PROKISCH (2008, 206) y TRAPÉ VILADOMAT (2010 a, 429).

52 En efecto, se confirma este extremo en los Comentarios al MC OCDE (artículo 16, comentario 1) al apuntarse que “*Este Artículo contempla las remuneraciones percibidas por una persona física o jurídica residente de un Estado contratante en su calidad de miembro de un directorio o consejo de administración de una sociedad residente del otro Estado contratante*”.

No obstante, advierte PROKISCH (2008, 201) que ello será posible cuando así se prevea en la normativa interna (mercantil) del Estado de la residencia de la sociedad.

Por una parte, se ha planteado cuáles con los órganos societarios a cuyos miembros resulta de aplicación el artículo 16 MC OCDE, distinguiéndose a estos efectos entre órganos legales y órganos estatutarios o contractuales y considerándose que este precepto del MC OCDE se extiende también a estos últimos órganos, siempre y cuando estén establecidos con un cierto carácter permanente⁵³.

Por otra parte, se ha discutido también acerca de a quiénes se consideran consejeros a los efectos del artículo 16 MC OCDE. En este sentido, dada la enorme diversidad de órganos societarios y de las funciones y miembros de los mismos según la distinta normativa interna (mercantil) de los diferentes Estados, resulta imposible dar una respuesta exhaustiva a esta cuestión, aunque pueden ofrecerse algunos datos que ayuden a identificar el concepto de consejero al que se refiere este precepto. Así, es necesario que se trate de consejeros que sean miembros oficiales de los órganos en cuestión -no basta que ejerciten las correspondientes funciones-⁵⁴; igualmente, estos consejeros se identifican, no tanto con los directivos ejecutivos, sino más bien con los directivos no ejecutivos, sin alcanzar en todo caso a los cargos honorarios⁵⁵; además, estos consejeros no suelen dedicarse exclusivamente a la labor de consejero, sino que la simultánea con otras dedicaciones o con la condición de consejeros en otras sociedades. Por todo lo anterior, puede concluirse que, en realidad, el concepto de consejero del artículo 16 MC OCDE es integrado por un número relativamente pequeño de personas cuyo perfil es el de

53 Siguiendo a SUTTER y BURGSTALLER, así lo sostiene PROKISCH (2008, 201). Además, a esta conclusión podrían coadyuvar en cierta forma los Comentarios al MC OCDE (artículo 16, comentario 3) al señalar que “*En algunos países existen otros órganos societarios con funciones asimilables a las de los consejeros de administración. Los Estados contratantes pueden, en sus convenios bilaterales, incluir a tales órganos en una disposición equivalente a la del Artículo 16*”.

54 PROKISCH, 2008, 201 y 202.

55 PROKISCH, 2008, 205.

profesionales que prestan servicios de supervisión y control a las sociedades⁵⁶.

En este sentido, es evidente que pueden existir consejeros que, además de desarrollar esta actividad, prestan otros servicios a la sociedad de que se trate, supuestos de dedicación mixta de gestión y de dirección a los que se hacen mención en los Comentarios al MC OCDE⁵⁷ y que se resuelven distinguiendo una y otra dedicación y aplicando a cada una de ellas el régimen tributario que corresponda -generalmente, el artículo 16 MC OCDE a los pagos por la condición de consejero y el artículo 15 MC OCDE a las remuneraciones por las actividades de gestión de la sociedad-. No obstante, no va a resultar siempre tan sencillo practicar esta distinción a que se hace referencia en los Comentarios al MC OCDE, especialmente cuando un directivo perciba una contraprestación global por todas sus actividades en la sociedad⁵⁸.

También se han planteado algunos interrogantes en relación a cuál es ámbito objetivo del artículo 16 MC OCDE, viniéndose a entender en este sentido que, en coherencia con el concepto de consejero antes delimitado, los honorarios a los que se refiere este precepto no comprenden tanto las remuneraciones que perciben los directivos ejecutivos -las cuales caen en el ámbito de aplicación del artículo 15 MC OCDE-⁵⁹, como sí, principalmente, los pagos, dinerarios o

56 PROKISCH, 2008, 211.

57 Se dispone al respecto lo siguiente en los Comentarios al MC OCDE (artículo 16, comentario 2):

“Es frecuente que un miembro de un directorio o consejo de administración de una sociedad realice además otras actividades en la misma como, por ejemplo, empleado, asesor, consultor, etc. El Artículo no es aplicable, evidentemente, a las remuneraciones que retribuyen esas otras funciones”.

58 En este sentido se pronuncian PROKISCH (2008, 205 y 206) y TRAPÉ VILADOMAT (2010 a, 427).

59 Así lo plantea PROKISCH (2008, 211 y 212).

en especie⁶⁰, que se realicen a los consejeros en función de los días de presencia en las reuniones del órgano directivo de la sociedad, así como pagos en función de los beneficios obtenidos por ésta o mediante programas de opciones sobre acciones⁶¹. En relación con esta última modalidad de pago a los consejeros, en los Comentarios al MC OCDE se afirma que el tratamiento de los programas de opciones sobre acciones para consejeros conoce de algunas de las cuestiones de los programas de opciones de sobre acciones para empleados⁶².

Finalmente, ha de apuntarse que el momento en que se perciban los honorarios carece de relevancia a los efectos de atribuir la potestad tributaria sobre los mismos al Estado de la residencia de la sociedad. Quiere decirse, aunque la literalidad del artículo 16 MC OCDE pudiera hacer pensar que este precepto sólo se aplicaría a los pagos recibidos constante la condición de consejero, el propósito de esta disposición invita a sostener lo contrario, de forma que se extendería el artículo 16 MC OCDE a aquellas otros pagos que, aunque satisfechos diferidamente, se generaron durante el periodo en que se ostentaba tal condición -piénsese en los beneficios derivados de programas de opciones sobre acciones-, y ello, porque de todas formas y con independencia de cuándo se realicen los mismos, los pago de los honorarios reducen la

60 Véanse los Comentarios al MC OCDE (artículo 16, comentario 1. 1).

61 Sobre la tipología de pagos a los honorarios, véase lo que afirma PROKISCH al respecto (2008, 205 y 2006).

62 Se señala en los Comentarios al MC OCDE (artículo 16, comentario 3. 1) que *“Muchas de las cuestiones analizadas en los párrafos 12 a 12.15 de los comentarios al Artículo 15 con relación a opciones sobre acciones concedidas a empleados se plantearán también en el caso de opciones sobre acciones concedidas a los miembros del directorio, o del consejo de administración o vigilancia”*, para insistir a continuación en que al beneficio de la opción sobre acciones sí le aplica el artículo 16 MC OCDE, mientras que el beneficio derivado de la enajenación de la acción en que se materializa la acción tributa *ex* artículo 13. 5 MC OCDE.

En este sentido, resalta TRAPÉ VILADOMAT que los criterios de atribución de la potestad tributaria sobre ambos beneficios son distintos, gravándose el primero en el Estado de la residencia de la sociedad y el segundo en el Estado de la residencia del consejero a quien se otorgó la opción (TRAPÉ VILADOMAT, 2010 a, 428).

base imponible de la sociedad en el Estado de su residencia, idea fundamental que justifica este criterio de atribución de la potestad tributaria⁶³.

Algo similar sucede con el lugar desde dónde se entiendan prestados los servicios de supervisión y control por parte del consejero. En efecto, ante las dificultades de establecer dónde se consideran prestado los mismos -especialmente en la actualidad, por la incorporación de las nuevas tecnologías al desarrollo de las reuniones de los órganos societarios⁶⁴-, se ha optado por no darle relevancia a este aspecto, y así, de acuerdo con los Comentarios al MC OCDE⁶⁵, se considera que tales servicios se prestan en el Estado de la residencia de la sociedad.

2. 2. Tributación de los honorarios pagados a consejeros en los CDI's suscritos por la República de Panamá.

Aunque los CDI's suscritos por la República de Panamá respetan el criterio de tributación en el Estado de la residencia de la sociedad de los honorarios pagados por ésta a consejeros no residentes, como era de esperar, estos CDI's presentan singularidades (de escasa relevancia) respecto a algunas de las cuestiones expuestas en relación con el artículo 16 MC OCDE.

En este sentido, los distintos CDI's suscritos recogen diferentes denominaciones tanto para las rentas a las que

63 PROKISCH, 2008, 206

64 Así lo expresa HORTALÁ I VALLVÉ (2007, 544). Igualmente, subraya PROKISCH que, en este punto, el artículo 16 MC OCDE diverge del artículo 15 MC OCDE, que, como se sabe, exige la presencia física del trabajador para aplicar el mismo (PROKISCH, 2008, 210).

65 En este sentido, se dice en los Comentarios al MC OCDE (artículo 16, comentario 3. 1) que *“Dado que a veces podría ser difícil determinar dónde se prestan los servicios, la disposición los trata como si se prestaran en el Estado de residencia de la sociedad considerada”*.

se aplica como para los órganos societarios incluidos en los correspondientes artículos 16 -artículo 15 del CDI Panamá-Corea y artículo 15 del CDI Panamá-Países Bajos-.

No obstante, debe destacarse que el artículo 16 del CDI Panamá-México extiende generosamente su ámbito de aplicación al incluir como órganos societarios, no sólo a los consejos de administración, sino también a “*cualquier otro órgano de una sociedad*”.

Igualmente, es de mencionar que en el CDI de Panamá-Países Bajos se ha incluido un artículo 15. 2 en el que se especifica cuáles son los órganos directivos y los órganos de gestión de una sociedad residente en los Países Bajos.

3. Rentas obtenidas por artistas y deportistas.

Sujeto a revisión⁶⁶ y puesta en duda su aptitud en la actualidad para ordenar la tributación internacional de (algunas) rentas obtenidas por artistas y deportistas⁶⁷, el artículo 17 MC OCDE⁶⁸ es un precepto que, excepcionando

66 En efecto, existe un documento de discusión de un grupo de trabajo de la OCDE, bajo título “*Discussion draft on the application of article 17 (artists and sportsman) of the OECD Model Tax Convention*” (23 de abril de 2010), en el que se recogen modificaciones y adiciones a los Comentarios del MC OCDE sobre el artículo 17 MC OCDE no presentes en la actual versión del MC OCDE.

67 Reteniéndolo desfasado, MOLENAAR, frente a la opinión de SANDLER, entiende que sería necesario modificar el artículo 17 MC OCDE y acompañarlo a las disposiciones de los preceptos convencionales aplicables a las rentas de artistas y deportistas (MOLENAAR, 2008, 252).

68 Véase lo dispuesto en el artículo 17 MC OCDE:

- “1. No obstante lo dispuesto en los Artículos 7 y 15, las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga del ejercicio de sus actividades personales en el otro Estado contratante en calidad de artista del espectáculo, tal como actor de teatro, cine, radio o televisión o músico o como deportista, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. No obstante lo dispuesto en los Artículos 7 y 15, cuando las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas, en esa calidad, se atribuyan no ya al propio artista del espectáculo o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden someterse a imposición en el Estado

los criterios de los artículos 15 y 7 MC OCDE que resultarían de aplicación si el mismo no existiese, atribuye al Estado de la fuente -o Estado de la actuación- la potestad tributaria sobre (determinadas) rentas obtenidas por artistas y deportistas por los eventos que se desarrollan en el territorio del mismo.

Este criterio de atribución de la potestad tributaria responde a la idea fundamental de que las rentas por las actuaciones de artistas y deportistas corresponden al Estado de la actuación, en la medida que las mismas, las rentas, se generan con el evento artístico o deportivo que tiene lugar en su territorio⁶⁹. Sin embargo, no puede desconocerse que en la consagración de este criterio de tributación tiene también relevancia la lucha contra el fraude fiscal, pues la imposición en la fuente, en el Estado de la actuación, sería difícil sin este criterio por la alta movilidad de artistas y deportistas⁷⁰.

No obstante, se reconoce también que este criterio de atribución de la potestad tributaria a favor del Estado de la actuación crea problemas de índole administrativo y mayores costes para los artistas y deportistas -especialmente gravosos para aquellos que generen ingresos medios o bajos-. Por ello, se cree que con acierto, algún autor ha propuesto modificar el artículo 17 MC OCDE, de forma tal que el mismo no sea de aplicación para los artistas y deportistas que perciban, más o menos, una cantidad inferior a 100.000 dólares estadounidenses/año por sus actuaciones en Estados distintos al de su residencia⁷¹.

contratante donde se realicen las actividades del artista del espectáculo o del deportista”.

69 TRAPÉ VILADOMAT, 20010 b, 441.

70 En este sentido, léase a SANDLER (2008, 235).

71 Es la posición de SANDLER, que, para evitar los problemas descritos que comporta la aplicación del artículo 17 MC OCDE a pequeños y medianos artistas y deportistas, aboga por modificar este precepto incluyendo una cláusula en virtud de la cual se

Para finalizar esta introducción al artículo 17 MC OCDE, siguiendo (teóricamente) los Comentarios al MC OCDE⁷², es frecuente encontrar en los correspondientes CDI's cláusulas que, de una u otra forma, inaplican el artículo 17 MC OCDE en relación con las rentas por actuaciones que obtengan artistas y deportistas en visitas al Estado de la actuación financiadas por uno u otro Estado, por sus subdivisiones políticas, etc.

3. 1. Tributación en el Estado de la actuación cuando las rentas sean satisfechas (directamente) al artista o deportista

Como se ha dicho, y por las razones antes expresadas, en el artículo 17. 1 MC OCDE se atribuye al Estado de la actuación la potestad tributaria sobre las rentas que por actuaciones en su territorio obtengan artistas y deportistas no residentes en el mismo.

atribuya al Estado de la actuación la potestad tributaria sólo en aquellos supuestos en los que el artista o deportista gane allí una cantidad considerable, que este autor sitúa en 100.000 dólares estadounidenses, tomado como referencia la previsión que en este sentido hay en el modelo de convenio estadounidense, previsión cuantificada en 20.000 dólares estadounidenses del año 1981 (SANDLER, 2008, 216 y 240).

72 Véase lo dispuesto en los Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 14):

“Algunos países pueden considerar oportuno excluir del ámbito del Artículo los eventos financiados con fondos públicos. Tales países pueden incluir una disposición a ese efecto, pero las exenciones deberán basarse en criterios objetivos y claramente definidos para asegurar que se apliquen solamente en las situaciones previstas. Dicha disposición podría estar redactada en los siguientes términos:

«Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no serán aplicables a las rentas derivadas de las actividades realizadas en un Estado contratante por artistas o deportistas cuando la visita a ese Estado esté financiada en su totalidad o principalmente por fondos públicos de uno o de ambos Estados contratantes o de sus subdivisiones políticas o entidades locales. En tal caso, las rentas se someterán a imposición solamente en el Estado contratante del que sea residente el artista o el deportista»”.

Se verá más adelante, los CDI's suscritos absorben, con bastante heterodoxia, esta cláusula recomendada por los Comentarios al MC OCDE. En relación con los CDI's suscritos por el Reino España, así lo denuncia HORTALÁ I VALLVÉ (2007, 544).

Ciertamente, este precepto conoce de importantes dudas en su aplicación, dudas que van desde el concepto de artista y deportista que debe manejarse a los efectos del artículo 17 MC OCDE, hasta el modo de determinar las rentas obtenidas por éstos en sus actuaciones en el Estado de la fuente, pasando por cuáles son las rentas obtenidas por artistas y deportistas a las que son de efectiva aplicación este precepto.

Pues bien, en relación con el ámbito subjetivo al que se circunscribe el artículo 17. 1 MC OCDE, los Comentarios al MC OCDE y los concretos CDI's han realizado una notable labor para, atendiendo a las actividades que realizan, determinar quienes se consideran artistas y deportistas y quienes, aun pudiendo de alguna forma participar en actuaciones, no se retienen sin embargo como tales⁷³.

Siendo esto cierto, no lo es menos que en muchas ocasiones tal labor se ha realizado de un modo deductivo, individualizando personas que desarrollan distintas actividades que tienen o no el carácter artístico o deportivo pero sin ofrecer los criterios que, de forma inductiva, permitan otorgar tal condición o no a personas que lleven a otras actividades⁷⁴.

No obstante, aunque referidos a los artistas -mas extensible se cree a los deportistas⁷⁵-, algún autor sí se ha

73 Así es, véanse en este sentido los actuales Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentarios 3 a 7), e igualmente, en los preceptos que los CDI's dedican a las rentas de artistas y deportistas, generalmente, se hace elenco de actividades que, a modo de ejemplos, se consideran tienen tal carácter.

74 No en vano en los Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 3) se advierte en este sentido que *“El apartado 1 se refiere a los artistas y los deportistas. No es posible formular una definición precisa del término “artista”, si bien el apartado 1 menciona ejemplos de personas que pueden tener esa consideración. La relación de ejemplos no tiene carácter exhaustivo”*.

75 Es de decir que el entretenimiento es un factor común de las actividades artísticas y deportivas sobre las que se proyecta el artículo 17 MC OCDE, no en vano, en En *“Discussion draft on*

atrevido a esbozar una serie de criterios cuya concurrencia en las actuaciones sería indicativa de que las mismas son actividades desarrolladas por artistas y deportistas tal y como requiere el artículo 17. 1 MC OCDE, criterios (útiles) como (i) que se trate de actuaciones en público -en directo o grabadas para ser posteriormente emitidas-, (ii) que el elemento predominante en las mismas sea artístico, deportivo o de entretenimiento -independientemente del nivel de las habilidades ejercitadas en éstas- y (iii) que el artista o deportistas sea, directa o indirectamente, la razón por la que el público asiste a la actuación⁷⁶.

Pese a lo anterior, se considera que los conceptos de artista y deportistas son generalmente compartidos por los Estados⁷⁷.

Pero para resultar de aplicación el artículo 17. 1 MC OCDE no sólo es necesario que se trate de actuaciones realizadas por artistas o deportistas, sino también que las rentas que éstos por las mismas lo sean por el desarrollo de actividades que tienen el carácter de artísticas o deportivas.

Este presupuesto da lugar a que sea necesario analizar si rentas que generalmente se satisfacen por este tipo de actividades son remuneradas, primordialmente, en atención a la presencia de ese elemento artístico o deportivo diferenciador al que antes se hacía mención, pues en caso contrario, a las mismas, a las rentas pagadas a artistas y

the application of article 17 (artistes and sportsman) of the OECD Model Tax Convention" (23 de abril de 2010) se propone la sustitución del término artista por el de *entertainer*.

76 Siguiendo a MATIJEVIC, léase en este sentido BUSCHSTEINER (2009, 253). Otros criterios menos generales se han esbozado con tal fin; así, por ejemplo, SANDLER sostiene que, según se esté delante o detrás de la cámara o micrófono, se considerará a alguien artista o no respectivamente (SANDLER, 2008, 222), TRAPÉ VILADOMAT, también en relación con los artistas, advierte que es necesaria en las actuaciones la presencia de un elemento de espectáculo o diversión y de público, no precisándose un resultado del evento (TRAPÉ VILADOMAT, 2009, 436), etc.

77 TRAPÉ VILADOMAT, 2009, 436.

deportistas por actividades no fundamentalmente artísticas y deportivas, sería de aplicación otros preceptos del MC OCDE como los artículos 7 y 12 MC OCDE⁷⁸.

Más de allá de los simples honorarios o remuneraciones, especialmente relevantes en el ámbito artístico y deportivo son las rentas percibidas por derechos de grabación y emisión⁷⁹, por *merchandising*⁸⁰, por esponsorización y patrocinio de productos⁸¹, etc. Es de destacar que, en el apartado Quinto del “*Discussion draft on the application of article 17 (artists and sportsman) of the OECD Model Tax Convention*” (23 de abril de 2010), se han propuestos nuevos comentarios al artículo 17 MC OCDE en los que se ofrecen soluciones para la tributación de algunos de estos tipos de rentas.

En definitiva, para aplicar el artículo 17. 1 MC OCDE a las rentas obtenidas por artistas y deportistas es necesario

-
- 78 En este sentido, se señala en los actuales Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 9) que “*Además de los honorarios percibidos por sus actuaciones, los artistas y los deportistas obtienen a menudo rentas bajo la modalidad de regalías o derechos de patrocinio o de publicidad. En general, cuando no exista relación directa entre tales rentas y una actuación pública del artista o el deportista en el país de que se trate, serán aplicables otros Artículos*”.
- 79 Sumariamente, HORTALÁ I VALLVÉ sostiene que si la emisión es en directo prevalecería la aplicación del artículo 17. 1 MC OCDE a las rentas percibidas por los artistas o deportistas por la misma, y que, en caso contrario, las rentas caerían en el ámbito de aplicación del artículo 12 MC OCDE (HORTALÁ I VALLVÉ, 2007, 559 y 560).
- 80 Al respecto, en un escenario de aplicación a las rentas obtenidas por estas actividades bien del artículo 12 MC OCDE bien del artículo 17. 1 MC OCDE, TRAPÉ VILADOMAT considera que “*cuanto más vinculado estén los productos que se venden durante el espectáculo al espectáculo mismo, más exclusivo sea el derecho cedido y, especialmente, más efímero sea el interés que puedan generar los productos ofrecidos, más sólida será la caracterización como renta artística*” (TRAPÉ VILADOMAT, 2009, 439).
- 81 TRAPÉ VILADOMAT afirma que lo relevante a efectos de imposición de las rentas obtenidas de los contratos de patrocinio es identificar a la persona que ostenta los derechos y asume las obligaciones derivadas de dichos contratos, pues si tal persona es el artista o deportista resultaría de aplicación, siempre que el patrocinio se diera en ese tipo de actividades, el artículo 17. 1 MC OCDE, mientras que, si media una tercera persona en el contrato, sería el artículo 7 MC OCDE el que se aplicara (TRAPÉ VILADOMAT, 2009, 393 y 394).

que concorra un doble presupuesto en relación con las mismas, a saber, de una parte, que se trate de rentas obtenidas por personas que, por su actividad, se puede calificar como artistas o deportistas, y, de otra, que tales rentas se satisfechas por actuaciones de carácter artístico o deportivo⁸².

Para finalizar con los puntos problemáticas de los que conoce el artículo 17. 1 MC OCDE, es necesario hacer una breve mención a la cuestión de la cuantificación de estas rentas. Quiere decirse, por la ambivalencia de los Comentarios al MC OCDE en este sentido⁸³, no puede afirmarse que los artistas y deportistas puedan deducir los gastos inherentes a las actuaciones en la determinación de las rentas obtenidas por los eventos en el Estado de la actuación, mas ésta posición, la tributación por la renta neta, es la opinión que cuenta con más respaldo en la doctrina y, especialmente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁴.

3. 2. Tributación en el Estado de la actuación cuando las rentas sean atribuidas a una persona distinta del artista o deportista.

Una vez expuestas las principales interrogantes que comporta la aplicación del artículo 17. 1 MC OCDE -y que son plenamente trasladables al artículo 17. 2 MC OCDE-,

82 HORTALÁ I VALLVÉ, 2007, 555 y 556.

83 En efecto, sobre esta cuestión los actuales Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 10) se limitan a recordar que *“El Artículo no dice nada acerca de cómo debe determinarse la cuantía de las rentas en cuestión. Corresponde a la legislación interna de los Estados contratantes determinar el alcance de las deducciones por gastos”*.

84 En este sentido, MOLENAAR, trayendo a colación la jurisprudencia de la Corte de Justicia (asuntos *Gerritse* y *Scorpio*) sobre normativas internas que no permitían la deducción de gastos por artistas y deportistas no residente en violación del Derecho de la Unión Europea, se decanta a favor de la imposición sobre el beneficio neto (MOLENAAR, 2008, 248).

en relación con este último precepto debe apuntarse que, en virtud del mismo, se otorga igualmente al Estado de la actuación la potestad tributaria sobre las rentas que, por eventos desarrollados en su territorio por artistas y deportistas, sean en cambio atribuidas a otra persona.

Más allá de la mencionada idea general sobre la que fundamenta el artículo 17 MC OCDE -asegurar la tributación en el Estado de actuación-, debe decirse que la específica razón para la consagración de una disposición como el artículo 17. 2 MC OCDE hay que encontrarla en la lucha contra una concreta forma de fraude fiscal, la interposición, generalmente, de sociedades con el objetivo de eludir la tributación en el Estado de la actuación, en la medida que, recuérdese, para aplicar el artículo 17. 1 MC OCDE se precisa que ésta, la actuación artística o deportiva, sea realizada por un artista o deportista en el desarrollo de una actividad de tales características, presupuestos éstos cuya concurrencia podría entonces obstar con la mera interposición de una persona entre el pagador de las rentas y el artista o deportista⁸⁵.

Indicio de la relevancia de esta cláusula contenida en el artículo 17. 2 MC OCDE es que, si las rentas mencionadas anteriormente se reputaran beneficios empresariales consecuencia de la interposición de una sociedad, éstas tributarían en el Estado de la residencia de la misma por aplicación del artículo 7 MC OCDE.

Finalmente, en los Comentarios al MC OCDE se hace ver, de una parte, que el artículo 17. 2 MC OCDE es de

85 Tras señalar que la principal finalidad del artículo 17. 2 MC OCDE es prevenir la interposición de *sociedades de estrellas* para la elusión fiscal, BRUGNOLI describe como estas *sociedades de estrellas* son constituidas en territorios de baja o nula tributación y emplean a los artistas y deportistas con bajos salarios, satisfaciéndoles posteriormente los honorarios por las actuaciones vía atrasos, dividendos, etc. que quedan sujetos a una baja o nula tributación en el Estado-paraiso fiscal (BRUGNOLI, 2009, 279 y 280).

especial utilidad para aquellos Estados de la actuación que no pueden atribuir directamente las rentas a los artistas o deportistas -en la medida su normativa interna no contempla, ante estas hipótesis, el levantamiento del velo-, y, de otra, que la existencia del artículo 17. 2 MC OCDE no obsta la aplicación de las cláusulas anti-fraude internas en virtud de las cuales se puedan imputar las rentas ya sea a los artistas y deportistas ya sea a las sociedades interpuestas⁸⁶.

3. 3. Tributación de las rentas obtenidas por artistas y deportistas en los CDI's suscritos por la República de Panamá.

Los CDI's suscritos por la República de Panamá respetan plenamente los criterios de atribución de la potestad tributaria sobre las rentas obtenidas por artistas y deportistas que se contemplan en el artículo 17 MC OCDE; sin embargo, no puede decirse lo mismo de aquellas disposiciones presentes en algunos CDI's que tratan de reflejar ese criterio de atribución de la potestad tributaria a que se hace referencia en los Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 14).

En efecto, mientras que en los Comentarios al MC OCDE se insta a incluir una cláusula que inaplique el artículo 17. 1 y 2 MC OCDE a las rentas obtenidas por artistas y deportistas

⁸⁶ Véanse, los actuales Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 11):

“Si la renta de un profesional del espectáculo o de un deportista se atribuye a otra persona y el Estado de la fuente no está autorizado jurídicamente para “levantar el velo” de la persona que percibe la renta y someter dicha renta a gravamen como renta del artista o el deportista, será aplicable el apartado 2 con arreglo al cual la parte de la renta que no pueda gravarse como renta de artista o deportista podrá someterse a imposición aun estando en poder de la persona que la percibe”

E igualmente, los Comentarios al MC OCDE (artículo 17, comentario 11. 2)

“No obstante, conviene destacar como norma de uso general que, independientemente del Artículo 17, el Convenio no impedirá la aplicación de reglas antielusión de la legislación nacional del Estado de la fuente que permiten que este grave tanto al artista/deportista o a la sociedad de promoción de artistas en caso de uso abusivo”

en visitas al Estado de la actuación financiadas por uno o ambos Estados contratantes -atribuyéndosele entonces la potestad tributaria sólo al Estado de la residencia del artista o deportista-, los CDI's suscritos regulan algo diverso.

Así, en el artículo 17. 3 del CDI Panamá-Barbados se inaplica el artículo 17. 1 y 2 del mismo, sin exigir (parece) que el artista o deportista sea residente en alguno de los Estados contratantes -se dice parece porque después se especifica que la visita de éste será financiada por el otro Estado, otro Estado que no se ha especificado antes cuál es-, y otorgando la potestad tributaria únicamente al Estado de la residencia del artista o deportista -que por lo dicho anteriormente, no tendría (parece) que ser no el Estado de la actuación ni el Estado que financia la visita a este último-.

También el artículo 16. 3 del CDI Panamá-Países inaplica el artículo 16. 1 y 2 del mismo, si bien, con mejor técnica, se exige que el artista o deportista sea residente en el Estados contratante que no sea el Estado de la actuación y que la visita a este último Estado esté financiada por uno u ambos, otorgando finalmente la potestad tributaria únicamente al Estado de la residencia del artista o deportista. Debe criticarse, no obstante, que en el artículo 16. 3 del CDI Panamá-Países se omite que las rentas han de ser percibidas por artistas y deportistas por el ejercicio de actividades de tal carácter, omisión que podría integrarse por la ubicación de esta disposición. Es criticable igualmente que el artículo 16. 3 del CDI Panamá-Países, a la hora de atribuir la potestad tributaria, abandona el concepto de renta que venía empleado y hace uso del término ingreso, lo que puede inducir a pensar que tales rentas se gravarán en su cuantía integra sin deducción de gastos.

Igualmente, el artículo 17. 3 del CDI Panamá-Singapur reproduce esta cláusula, y aunque en la delimitación de sus presupuestos coincide con la recomendación de los

Comentarios al MC OCDE, sucede sin embargo que se separa de éstos al atribuir la potestad tributaria, pues no la otorga con carácter exclusivo al Estado de la residencia del artista o deportista, sino que señala que podrán someterse a imposición en éste. Se realiza la misma crítica en cuanto a la sustitución del concepto renta por el término ingreso a la hora de atribuir la potestad tributaria.

Hay otro grupo de CDI's suscritos por la República de Panamá que también, por otra vía, pretenden recoger esta cláusula recomendada por los Comentarios al MC OCDE.

En efecto, en el artículo 17. 3 del CDI Panamá-Corea se inaplica igualmente el artículo 17. 1 y 2 del mismo, al disponerse que estarán exentas en el Estado de la actuación las rentas obtenidas por artistas y deportistas, residentes en el otro Estado contratante, durante visitas que sean financiadas por este último Estado. Al no estar sujetas tales rentas a imposición en el Estado de la actuación, correspondería la potestad tributaria sobre las mismas al Estado de la residencia -Estado que financia la visita-.

Algo similar sucede con el artículo 17. 3 del CDI Panamá-México.

Finalmente, también en el artículo 17. 3 del CDI Panamá-Qatar va a inaplicarse el artículo 17. 1 y 2 del mismo declarándose exentas en el Estado de la actuación las rentas obtenidas por artistas y deportistas, residentes en el otro Estado contratante, durante visitas, y he aquí la diferencia, que sean financiadas por uno o ambos Estados. Nuevamente, al no estar sujetas tales rentas a imposición en el Estado de la actuación, correspondería la potestad tributaria sobre las mismas al Estado de la residencia, lo que podría determinar un doble perjuicio para el Estado de la actuación, pues, si éste financia la visita, además de perder su potestad para hacer tributar en la fuente, pagaría

con fondos públicos unos ingresos que van a gravarse en otro Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUGNOLI, A. K. (2009): “*Employment income under Art. 17(2) OECD MC*” en “*Taxation of employment Income in International Tax Law*” (Editores: HOHENWARTER, D. y METZLER, V.), Linde, Viena.
- BUSCHSTEINER, M. (2009): “*Employment income of Artistes and Sportsmen under Article 17 paragraph 1 OECD Model Tax Convention*” en “*Taxation of employment Income in International Tax Law*” (Editores: HOHENWARTER, D. y METZLER, V.), Linde, Viena.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (2010): “*Trabajos dependientes*” en “*Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*” (Coordinador: CARMONA FERNÁNDEZ, N.), CISS, Valencia.
- DEGRANDI, M. (2009): “*The meaning of the term “employer” under article 15 of the Model Tax Convention on Income and on Capital*” en “*Taxation of employment Income in International Tax Law*” (Editores: HOHENWARTER, D. y METZLER, V.), Linde, Viena.
- HORTALÁ I VALLVÈ, J. (2007): “*Comentarios a la red española de Convenios de Doble Imposición*”, Aranzadi, Cizur Menor.
- KEMMEREN, E. (2008): “*Pensions (Article 18 OECD Model Convention)*” en “*Source versus Residence*” (Editores: LANG, M. y otros), Kluwer Law International, La Haya.
- MOLENAAR, D. (2008): “*Discussion of Daniel Sandler’s Paper on Article 17 OECD Model Convention*” en “*Source versus Residence*” (Editores: LANG, M. y otros), Kluwer Law International, La Haya.

-
- PÖTGENS, F. (2006): *“Income from international private employment”*, IBFD, Amsterdam.
- PROKISCH, R. (2008): *“Directors’ fees (article 16 OECD Model Conventiion)”* en *“Source versus Residence”* (Editores: LANG, M. y otros), Kluwer Law International, La Haya.
- SANDLER, D. (2008): *“Artistes and Sportsmen (Article 17 OECD Model Convention)”* en *“Source versus Residence”* (Editores: LANG, M. y otros), Kluwer Law International, La Haya.
- TRAPÉ VILADOMAT, M. (2010 a): *“Participaciones de consejeros”* en *“Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea”* (Coordinador: CARMONA FERNÁNDEZ, N.), CISS, Valencia.
- TRAPÉ VILADOMAT, M. (2010 b): *“Rentas de artistas y deportistas”* en *“Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea”* (Coordinador: CARMONA FERNÁNDEZ, N.), CISS, Valencia..
- WALDBURGER, R. (2008): *“Income from employment (Article 15 OECD Model Convention)”*, en *“Source versus Residence”* (Editores: LANG, M. y otros), Kluwer Law International, La Haya.
- WOUTERSON, S. (2009): *“Income from employment exercised aboard a ship or aircraft under article 15 (3) OECD MC”* en *“Taxation of employment Income in International Tax Law”* (Editores: HOHENWARTER, D. y METZLER, V.), Linde, Viena.

LA RESIDENCIA FISCAL EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL FIRMADOS POR PANAMÁ.

Fernando Serrano Antón
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de
la Universidad Complutense de Madrid.
Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de
Madrid.
serranoa@der.ucm.es

1. LAS BASES JURISDICCIONALES DE LA FISCALI- DAD INTERNACIONAL: LOS PRINCIPIOS DE TE- RRITORIALIDAD Y NACIONALIDAD

La potestad para someter a tributación a los sujetos es un atributo de la propia soberanía de los Estados. La mejor prueba de saber en lo que consiste dicho poder tributario es la decisión de los Estados de gravar aquello que entienden que es justo o prudente¹.

Normalmente se clasifican los factores de vinculación del poder tributario en personales o reales. Así un Estado puede establecer como factor de vinculación un criterio personal, es decir, somete a tributación a algunas personas ya sea por su condición de residentes o por su condición de nacionales. También puede aplicar un criterio real que atiende a consideraciones de índole económica conectadas al

¹ Cfr. R.S.J. MARTHA, “*The Jurisdiction to Tax in International Law*”, Series on International Taxation, núm. 9, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 62-63.

territorio, o lo que es lo mismo, grava las rentas producidas u originadas en su territorio².

Ahora bien, los principios fundamentales que subyacen en la potestad tributaria de los Estados son:

- el principio de la fuente -territorialidad-, como manifestación del vínculo real. De acuerdo con este criterio, las leyes tributarias sólo se aplicarían a quienes residieran en territorio de un determinado país o tuvieran con el mismo alguna relación, es decir, obtuvieran en él rentas, fueran titulares de determinados bienes sitos en el mismo o tuvieran, en definitiva, relaciones económicas en el territorio de un país³; y,
- el principio de la nacionalidad, como muestra del criterio personal. Según esta regla, las leyes tributarias se aplicarían a todos los ciudadanos que ostentaran la nacionalidad de un determinado país, fuere cual fuere el lugar en que residieren y fuere cual fuere el lugar en que obtuvieran sus rentas. El vínculo personal de nacionalidad sería el único motivo que determinaría la sujeción a las leyes tributarias. El actual abandono de este principio parece encontrarse en el hecho de que los Estados entienden como suficiente conexión para someter a gravamen a todos los que tienen una relación con un Estado, por ser residentes en él o por obtener en su territorio rentas, o

2 Cfr. A. BERLIRI, "*Principios de Derecho tributario*", Vol. I, traducción por F. VICENTE-ARCHE DOMÍNGO, Ed. Derecho financiero, Madrid, 1964, p.p. 151 y 152. S. ZAPATA, "Tributación sobre la renta mundial. Reflexiones sobre su implementación en América Latina", en *Libro homenaje a José Andrés Octavio*, Asociación Venezolana de Derecho tributario, Caracas, 1999, p. 478.

3 Cfr. A. SAINZ DE VICUÑA, "El ámbito territorial de las normas tributarias en *Estudios de Derecho tributario*", vol. I, Estudios de Hacienda Pública, IEF, Madrid, 1979.

tener relaciones económicas en el mismo, ya que provocan la realización de determinadas actividades públicas, a cuya financiación son llamados a contribuir mediante el pago de tributos⁴. De esta manera se toma en consideración la idea según la cual los lazos de un no residente con su país de origen puede ser meramente nominal. En algunas ocasiones, el principio de nacionalidad es tenido en cuenta también, como se verá, para supuestos de cortesía internacional como en la tributación de miembros de misiones diplomáticas o consulares. En otras ocasiones, la nacionalidad es un factor de aplicación de las normas anti-elusión, como la prórroga legal forzosa en los traslados de residencia a paraísos fiscales.

La práctica generalidad de los sistemas tributarios incorporan como principio asimismo el de residencia efectiva, según el cual, un Estado grava la renta mundial de las personas residentes en su territorio⁵. Sin embargo, no puede considerarse como un principio distinto al de territorialidad sino que se trata de una confirmación expresa e inequívoca de éste⁶. No puede desconocerse, de todas las

4 Como ejemplo de las críticas padecidas por el principio de nacionalidad consúltese el *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Stamp*, League of Nations, Doc. E.F.S. 73.F.19, Geneve, 1923, p. 19.

5 En cuanto al origen del criterio de residencia consúltese S. PICCIOTTO, “*International Business Taxation*”, Quorum Books, New York, 1992, pp. 4-5. S. ZAPATA, “*Tributación sobre la renta mundial. Reflexiones sobre su implementación en América Latina*”, ob. cit., p. 482.

6 Cfr. F. SAINZ DE BUJANDA, “*Lecciones de Derecho financiero*”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, 100 Edición, p. 121. En relación con el artículo 21 LGT, se ha observado la existencia de dos concepciones: una monista, defendida por Sainz de Bujanda según la cual el principio de residencia es una manifestación del principio de territorialidad; y otra dualista, entre quienes se encuentran Cortés Domínguez y González García, para los que residencia y territorialidad, siempre y cuando no se conceda a este último criterio un significado muy amplio, no son una misma cosa, aunque reconocen que entre ellos no existe una nítida diferencia. Cfr. M. CORTÉS

maneras, que el criterio de residencia efectiva acompaña a la persona de forma que, sin equipararse a la nacionalidad, es evidente que se trata de una cualidad personal, sobre todo, si se toma en cuenta que la práctica totalidad de los países han asumido el criterio de la residencia efectiva como principio de sujeción a los tributos de naturaleza personal⁷. La residencia implica lazos fuertes con el Estado, ya que el contribuyente residente usa la infraestructura del Estado, disfruta de la protección que le otorgan las autoridades administrativas y, por tanto, en base a todo ello se justifica el gravamen por renta mundial⁸.

Es innegable la importancia del principio de territorialidad, puesto que todos los Estados hacen tributar de una u otra manera de acuerdo con dicho criterio. La utilización de dicho principio ha servido para que la doctrina haya observado dos cuestiones relevantes. La primera, es que este principio favorece a los nacionales y residentes de estos países para invertir fuera de los mismos, lo que produce que el capital necesario para el crecimiento de aquéllos salga fuera. La segunda tiene que ver con la necesidad de implantar el principio de la fuente debido a las grandes dificultades que tienen las administraciones tributarias de estos países si tuviesen que determinar la renta de fuente

DOMÍNGUEZ, “*El ordenamiento tributario español*”, Civitas, Madrid, 1985, pp. 110-117. E. GONZÁLEZ GARCÍA, “Comentario al artículo 21 LGT”, en *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, vol. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 157-167.

7 Con algunos matices consúltese M. CORTÉS DOMÍNGUEZ, “*El ordenamiento tributario español*”, Civitas, Madrid, 1985, p. 205.

8 En general, las legislaciones internas de los diversos Estados establecen la sujeción integral al impuesto, o «sujeción plena», en base a la existencia de un vínculo personal entre el contribuyente y el Estado considerado («Estado de residencia»). Esta sujeción impositiva no afecta solamente a las personas «domiciliadas» en un Estado en el sentido habitual del término «domicilio» (Derecho privado). La sujeción integral al impuesto se extiende además, por ejemplo, a las personas que residen permanentemente, o en ocasiones sólo durante cierto período de tiempo, en el territorio del Estado. Algunas legislaciones someten a imposición plena a las personas físicas que prestan servicios a bordo de buques cuyo puerto base se encuentra en su territorio. Cfr. *Comentarios al MC OCDE*, para. 4.6

extranjera obtenida por sus residentes. También es cierto que este último problema pudiera ser resuelto a través de las cláusulas de intercambio de información contenidas en los CDIs, pero a decir verdad, la práctica nos enseña que el intercambio de información de carácter inquisitivo, es decir, previa petición de uno de los Estados no es suficiente. En el ámbito de la Unión Europea, el problema ha sido muy parcialmente resuelto a través de la Directiva de Asistencia Mutua. El debate sobre las ventajas y desventajas del principio de territorialidad frente al de renta mundial está siendo revisado, dado que la creciente internacionalización del mercado y la deslocalización física de las transacciones plantean la necesidad de revisar los postulados tradicionales de la tributación internacional y, en algunos casos, incluso se ha propugnado la implantación de un sistema basado en el principio de territorialidad, en lugar del predominante de residencia y renta mundial⁹.

La utilización del criterio de territorialidad ha estado vinculado históricamente a las legislaciones de los países latinoamericanos¹⁰. El reconocimiento de la validez y preferencia de este criterio frente al de renta mundial fue una de las principales causas de confrontación entre los países de América Latina y los países industrializados, tanto a la hora de la discusión de los modelos de convenio

9 Cfr. K. VOGEL, "Worldwide Income vs. Source Taxation of Income. A Review and Re-evaluation of Principles" (III Part), *Intertax* 10/1988, p. 310. R. FALCON Y TELLA, "La imposición de las rentas de las empresas en los procesos de integración", Correlatoria general, *XVIII Jornada Latinoamericana de Derecho tributario*, Montevideo, 1996. M.T. SOLER ROCH, en VV.AA., "Presente y futuro de la imposición directa en España", Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 65-78.

10 En 1956, en la "Declaración de Principios" de lo que fueron las primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario se propuso la aplicación exclusiva del principio de territorialidad en y entre los países de la región. De ahí en adelante, la predominancia de dicho criterio fue confirmada y sujeta a mayor elaboración en Jornadas posteriores, especialmente las de 1964 y 1975. Cfr. K. VOGEL, "Worldwide vs. Source Taxation of Income- A Review and Re-Evaluation of Principles", Part. I, *Intertax*, núm. 8-9/1988, p. 221.

para evitar la doble imposición¹¹ como en las negociaciones para la conclusión de CDIs bilaterales. Sin duda, para estos países, la conclusión de CDIs significaba renunciar en la mayoría de los casos al principio de territorialidad vigente en sus legislaciones internas. Ello puede explicar la tardanza y lentitud de los países latinoamericanos en desarrollar su red de CDIs.

La gran mayoría de los Estados poseen sistemas tributarios que combinan ambos principios, fuente y residencia, junto con ellos existen algunos otros países, principalmente en vías de desarrollo, cuyos sistemas descansan en el principio de la fuente. El principio de residencia, aunque se basa en la capacidad global de pago, en ocasiones no supone un aumento significativo de la recaudación. Esta situación se produce en especial cuando los residentes de un país no poseen grandes inversiones en el extranjero, o bien cuando la Administración tributaria en cuestión no está bien equipada o preparada para poder asegurar la aplicación del mismo.

Se señalaba con anterioridad la tendencia a que los países combinen el principio de la renta mundial con el de territorialidad, para residentes y no residentes, respectivamente. Junto con esta posibilidad, se encuentra la que se aplica en Francia, en la que la imposición sobre sociedades reposa en reglas basadas en el principio de territorialidad, mientras a que las personas físicas se les grava de acuerdo con el criterio de la renta mundial. Se trata de un caso aislado dentro de la Unión Europea, pero pone de relieve la supervivencia del principio de la fuente en un país desarrollado, acompañado eso sí, de las especificaciones

11 Estas diferencias aparecen plasmadas, entre otros documentos, en las discusiones y documentación general que precedieron al Modelo de México de 1943 diseñado por el Comité Financiero de la Liga de las Naciones.

necesarias para evitar planificaciones fiscales a la búsqueda de la evasión del pago de impuestos¹².

Volviendo por último al principio de nacionalidad, cuya aplicación es excepcional en el panorama internacional actual, hay que citar los dos países en que está vigente: los Estados Unidos de Norte América y Filipinas¹³. Este principio se basa en una relación de dependencia política que legitima el ejercicio ilimitado del poder de imposición¹⁴. Dicho criterio permite al Estado respectivo gravar las rentas de sus nacionales de forma ilimitada, independientemente de su origen o del lugar donde residan dichos nacionales.

Ahora bien, el principio de nacionalidad se aplica de manera combinada con el de la fuente y el de residencia. En los Estados Unidos, por ejemplo, el principio de nacionalidad permite que los ciudadanos americanos sean gravados por su renta mundial, con independencia de donde tengan fijada su residencia, con las particularidades derivadas si el contribuyente reside en un país con el que Estados Unidos tenga firmado un CDI. Además, este país somete a tributación por su renta mundial a los residentes en su territorio aunque no posean la ciudadanía americana, y por último, gravan también la renta de los no residentes

12 Cfr. S. ZAPATA, “*Tributación sobre la renta mundial. Reflexiones sobre su implementación en América Latina*”, ob. cit., p. 486.

13 México utilizó este criterio de nacionalidad en su primera Ley sobre el Impuesto de la Renta que estuvo vigente desde el 21 de febrero de 1924 hasta el 31 de diciembre de 1984, desde este momento rige el principio de la renta mundial.

14 El derecho a gravar los nacionales americanos se encuentra previsto y protegido en los CDIs firmados por los Estados Unidos, a través de la llamada “*Saving Clause*”. En el caso del CDI firmado entre España y los Estados Unidos, dicha cláusula aparece contemplada en el art. 1.3. El razonamiento que permite el uso de este principio se basa en que la nacionalidad es vista por los Estados Unidos como una forma de política de seguridad, que permite al nacional americano retomar su residencia cuando lo desee y disfrutar de la protección de los Estados Unidos cuando lo precise. Esta “seguridad” es lo que permite a las autoridades americanas la tributación de sus nacionales por la renta mundial. Cfr. R.L. DOERNBERG AND K.V. RAAD, “*The Forthcoming US Model Income Tax Treaty and the Saving Clause*”, *Tax Notes International* núm. 15/1992, p. 775.

extranjeros obtenida de fuentes situadas en territorio americano.

2. LA RESIDENCIA Y LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL¹⁵

El artículo 4 MC OCDE dice así:

1. A los efectos de este Convenio, la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.
2. Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, su situación se resolverá de la siguiente manera:
 - a) dicha persona será considerada residente solamente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos

¹⁵ Los Modelos de Convenio de Naciones Unidas y de la OCDE establecen los mismos criterios en sus respectivos artículos 4.1 para la determinación de la residencia, si bien como se podrá analizar en este punto son las legislaciones internas de cada Estado las competentes. Estos Modelos de Convenio se diferencian de lo que ocurre en el Modelo de Convenio de los Estados Unidos porque en éste se contemplan además la ciudadanía y el lugar de constitución. Cfr. H. A. SHANNON, “The General Definition of Residence under United States Income Tax Treaties”, *Intertax* n° 8-9/1988, p. 204.

Estados, se considerará residente solamente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales);

- b) si no pudiera determinarse el Estado en el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente solamente del Estado donde more;
 - c) si morara en ambos Estados, o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente solamente del Estado del que sea nacional;
 - d) si fuera nacional de ambos Estados, o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso de común acuerdo.
3. Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva.

En general se puede decir que el ámbito subjetivo de aplicación de los CDIs se extiende a las personas o entidades residentes fiscales en cada uno de los estados contratantes, que cumplan con las otras condiciones establecidas en los CDIs (Arts. 1 y 4 fundamentalmente). En la negociación en la que consiste todo CDI, los Estados autodelimitan los sujetos que podrán beneficiarse de la aplicación del Convenio. Unas veces de forma muy elástica incluyen cláusulas que contemplan a todas las personas físicas y jurídicas

y entidades¹⁶; en otras ocasiones, se introducen normas más estrictas que excluyen a determinadas entidades y sociedades, como por ejemplo las cláusulas del beneficiario efectivo¹⁷.

Del mismo modo, no es extraño observar la presencia de cláusulas en las que se otorgan los beneficios del CDI a los nacionales de un país, al margen de su residencia fiscal¹⁸. En el mismo sentido, se puede constatar la existencia de CDIs, como el hispano-alemán en el que los socios españoles de sociedades de personas radicadas en Alemania son considerados residentes en este país por las rentas derivadas de su participación.

La conclusión a la que se pretendido llegar es que a pesar de la referencia del artículo 4, no todo residente fiscal según la legislación doméstica es considerado dentro del ámbito subjetivo de un CDI en particular, puesto que pueden existir normas de exclusión¹⁹ o normas que restringen el concepto de residente para poder acceder a los beneficios de un CDI.

Como es sabido y puesto de manifiesto en los Comentarios al MC OCDE, las tres funciones fundamentales del concepto de residente son²⁰:

16 El Convenio hispano-americano para evitar la doble imposición internacional, de 22 de febrero de 1990, en su protocolo establece que las sociedades de personas (*partnerships*), las herencias yacentes (*estates*) y fiducias (*trusts*) se consideran residentes de un Estado “en la medida en que las rentas que obtengan estén sometidas a imposición como las rentas de un residente”.

17 Cfr. Art. 17 del Convenio hispano-americano para evitar la doble imposición internacional. Como es sabido, la cláusula del beneficiario efectivo trata de impedir el uso abusivo del CDI, es decir, su utilización a través de personas jurídicas o entidades cuya residencia se sitúa en uno de los Estados contratantes del CDI con la finalidad principal de aprovecharse de las ventajas que ofrece éste a los residentes.

18 Cfr. Los Convenios para evitar la doble imposición internacional firmados por España con Australia, Bulgaria y los Estados Unidos de Norteamérica.

19 A título de ejemplo, el Convenio hispano-luxemburgués excluye de la aplicación del Convenio a las Sociedades Holding de 1929.

20 Cfr. Comentario 4.1 al MC OCDE. O. DELATTRE, “The Tax Residence of Individuals”, *European Taxation*, June 1999, pp. 203 y ss.

-
- a) Para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de un convenio;
 - b) Para resolver los casos en que la doble imposición se produzca como consecuencia de la doble residencia;
 - c) Para resolver los casos en que la doble imposición resulte del gravamen en el Estado de residencia y en el Estado de la fuente o situación.

El artículo 4.1 del MC OCDE se remite a la legislación del Estado contratante que aplica sus normas a los efectos de la determinación de la residencia y, por tanto, para poder someter a tributación a un contribuyente por su renta mundial. Por ello, en lo relativo a esta cuestión nos tenemos que remitir al estudio que en este trabajo se realiza sobre la definición de los criterios para definir la residencia de una persona²¹. Es decir, los convenios para evitar la doble imposición no se ocupan, por lo general, de las normas internas de los Estados contratantes que tienen por objeto definir los requisitos para que una persona tenga la consideración fiscal de “residente” y, en consecuencia, se someta íntegramente a la imposición de ese Estado. Dichos convenios no establecen los criterios que deben seguir las legislaciones internas al definir la residencia para que los Estados contratantes reconozcan el derecho de uno de ellos a la sujeción plena. En este aspecto, los Estados basan su posición exclusivamente en su legislación interna.

21 Los convenios para evitar la doble imposición no se ocupan, por lo general, de las normas internas de los Estados contratantes que tienen por objeto definir las condiciones para que una persona tenga la consideración fiscal de «residente» y, en consecuencia, se someta íntegramente a la imposición de ese Estado. Dichos convenios no establecen los criterios que deben seguir las legislaciones internas al definir la residencia para que los Estados contratantes reconozcan el derecho de uno de ellos a la sujeción plena. En este aspecto, los Estados basan su posición exclusivamente en su legislación interna.

En cualquier caso, se debería aclarar la terminología utilizada en el último párrafo del artículo 4.1 MC OCDE cuando afirma “o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”. Los Comentarios al MC OCDE²² señalan sobre el particular que se debe tratar de un mecanismo que produzca la tributación por obligación ilimitada o renta mundial, que esté basado en ligazón personal del contribuyente al Estado. Por tanto, sólo criterios que determinen la obligación del contribuyente a soportar un gravamen por su renta mundial estarían incluidos en dicha referencia.

La terminología utilizada en el artículo 4.2 MC OCDE señala los criterios de un CDI que deben ser examinados sucesivamente, a los efectos de determinar la conflictiva residencia de una persona, y ello de forma contraria a lo que ocurre en los supuestos en los que se examina la residencia en la normativa doméstica. Es por ello por lo que se le denomina también “Tiebreaker Rule”, ya que sólo se estudiará la segunda regla, si la primera ha sido insuficiente para determinar la residencia de un contribuyente. Esta diferencia puede ser explicada por el fin que persiguen los CDIs y su comparación con lo que ocurre en las legislaciones de los distintos Estados. En efecto, si tomamos en consideración a los CDIs su objetivo es resolver los problemas derivados de la consideración al mismo contribuyente como residente en dos Estados, ya que de esta manera, una vez resuelto el problema, se aplicarán las normas pactadas entre los Estados contratantes a los efectos de repartir la potestad tributaria dependiendo de los tipos de renta. Por el contrario, la normativa doméstica tienen que ver con la mayor incorporación de hechos imponibles consecuencia de la voracidad fiscal de algunas administraciones.

Los dos casos típicos de conflicto de residencia son por el solapamiento de:

22 Cfr. Comentarios al MC OCDE art. 4, párrafo 3

-
1. dos definiciones de residencia; y,
 2. entre la residencia y la fuente.

En ambos casos, el conflicto se produce porque, en virtud de las respectivas legislaciones internas, un Estado contratante, o los dos, reclaman la residencia de la persona de que se trate. El ejemplo que se suele poner es el siguiente: imaginemos una persona física que tiene una vivienda permanente en el Estado A, donde viven su mujer y sus hijos. Ha permanecido más de 183 días en el Estado B y, conforme al Derecho interno de este último, se somete a imposición como residente del mismo por razón de la duración de su estancia en ese Estado. De esa forma, ambos Estados reclaman su derecho a someter a imposición plena a tal persona. El Convenio debe resolver el conflicto. En este caso, el MC OCDE da preferencia al Estado A. Ello no implica, sin embargo, que el artículo establezca reglas especiales sobre la «residencia» y que no se tome en cuenta la legislación interna del Estado B por ser incompatible con aquéllas. En realidad se trata, simplemente, de que en un conflicto de ese tipo es necesario optar entre el derecho de uno u otro Estado, y ésa es la finalidad de las reglas especiales que el artículo propone. El artículo 4.1 MC OCDE fija como criterios determinantes de la residencia fiscal: el domicilio, la residencia, la sede de dirección o cualquier otro criterio análogo. En lo que se refiere a las personas físicas, la definición pretende cubrir las diversas formas de vinculación personal a un Estado que utilizan las legislaciones fiscales internas como determinantes de la sujeción integral a imposición. Comprende también el caso de las personas asimiladas a los residentes por la legislación tributaria de un Estado y, por ello, sometidas plenamente a imposición en ese Estado (por ejemplo, los diplomáticos y otras personas al servicio del Estado).

El artículo 4.2 MC OCDE establece los siguientes criterios en orden de importancia, decreciente, sucesivos y subsidiarios²³:

- vivienda permanente;
- centro de intereses vitales;
- vivienda habitual; y,
- nacionalidad.

Las Tiebreaker Rules para los supuestos de doble residencia operan de la siguiente manera:

FACTOR DETERMINANTE	ESTADO COMPE- TENTE
Contribuyente con vivienda permanente en Estado A	Estado A
Contribuyente con vivienda permanente en Estado A y B, con el centro de intereses vitales en B	Estado B
Contribuyente con vivienda permanente en Estado A y B, pero no se puede determinar el centro de intereses vitales	Estado en el que viva o resida habitualmente
Contribuyente no tiene vivienda permanente, ni en A ni en B	Estado en el que viva o resida habitualmente
Contribuyente que tiene una vivienda o reside habitualmente en ambos Estados	Estado de su nacionalidad

23 Cfr. G. GEST y G. TIXIER, “*Droit Fiscal International*”, Presses Universitaires de France, París, 1985, p. 189. Sobre la aplicación sucesiva de los criterios por orden decreciente de importancia consúltase la Resolución del *Conseil d’Etat* Francés de 13 de mayo de 1983, *Droit Fiscal*, 1030/1983. En ésta se rechaza el procedimiento amistoso cuando el conflicto de doble residencia podía ser resuelto a través del criterio del centro de intereses vitales.

Nacional de ambos Estados	Procedimiento amistoso
No posee la nacionalidad de ninguno de los dos Estados	Procedimiento amistoso

Dada la aplicación de los siguientes y la ausencia habitual de definición en los CDIs nos tenemos que referir a los Comentarios al MC OCDE, para fijar el concepto de los puntos de conexión determinantes.

Es relevante detenerse en afirmar que en la aplicación de un CDI, la residencia no puede ser sino única, “...de tal modo que si en la base de los criterios del Convenio una persona fuera considerada fiscalmente residente en un Estado, pasa a ser automáticamente no residente en el otro aunque el estatuto de residente le sea atribuido por la Ley interna de este último”²⁴. No obstante lo anterior, la ciudadanía “americana” tomada como criterio para determinar la aplicación de un CDI puede llevar a resultados un tanto extraños. En efecto, cuando un ciudadano americano no vive en ninguno de los Estados contratantes, sino un tercero, y aunque el contribuyente no reside en los Estados Unidos o en el otro Estado contratante, está capacitado para invocar la aplicación del convenio, ya que es considerado como residente americano al considerar su ciudadanía. Los efectos perniciosos que se pudieran producir son perseguidos a través de una “*Saving Clause*”, que asegura que los ciudadanos americanos que viven en el extranjero están sometidos a una tributación al menos tan alta como la que sufren los residentes americanos.

La letra a), del art. 4.2 MC OCDE considera como residencia de la persona física, cuando existe conflicto de legislaciones, el lugar donde tiene la propiedad o el disfrute

²⁴ Cfr. A. XAVIER, “*Direito Tributário Internacional. Tributação das Operações Internacionais*”, Coimbra, 1993, p. 250.

de una vivienda; esa vivienda, en cualquiera de sus formas (casa o apartamento, en propiedad o en arrendamiento, habitación alquilada con muebles), debe ser permanente, es decir, la persona física la habrá amueblado y reservado para su uso permanente, a diferencia de la estancia en un determinado lugar en condiciones tales que sea evidente que la misma se pretende de corta duración (viajes de placer, de negocios, de estudios, asistencia a cursos o escuelas, etc.)²⁵. En todo caso, parece relevante tener en cuenta que para la OCDE no importan los lazos familiares a efectos de este criterio²⁶.

Lo esencial es el carácter permanente de la vivienda; lo cual significa que la persona física ha dispuesto lo necesario para que el alojamiento esté disponible en cualquier momento, de una manera continuada y no ocasionalmente para estancias que, por las razones que las motiven, han de ser necesariamente de corta duración (viajes de placer, de negocios, de estudios, asistencia a cursos en escuelas, etc.).

El siguiente criterio al que se da preferencia es del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas, lo que ha de entenderse como el centro de sus intereses vitales. A ese fin, se tomarán en consideración sus relaciones familiares y sociales, sus ocupaciones, sus actividades políticas, culturales o de otro tipo, la localización de sus negocios, la sede de administración de su patrimonio, etc. Las circunstancias deben examinarse en su conjunto, pero en cualquier caso es evidente que las con-

25 Cfr. Comentarios al MC OCDE art. 4. para. 13.

26 El hecho de que no se contemplen los lazos familiares con la vivienda difiere de lo que acontece en las legislaciones de algunos países como Francia, en el que una persona puede tener distintas viviendas disponibles, pero una sola es en la que vive habitualmente. Cfr. P. JUILHARD, "Towards a New Definition of Tax Residence in France", *European Taxation* 1996, p. 142.

sideraciones basadas en el comportamiento personal de las personas físicas deberán recibir una atención particular²⁷.

El mecanismo previsto para los casos en que la persona física disponga de una vivienda permanente en ambos Estados es el hecho de que tenga una presencia habitual en un Estado antes que en el otro. A ese fin, deben considerarse no sólo las estancias en la vivienda permanente del Estado de que se trate, sino también las efectuadas en cualquier otro lugar del mismo Estado o en hoteles, sin que sea necesario determinar la razón de las mismas. Como no se precisa el período de tiempo al que debe extenderse la comparación entre los dos Estados, parece que no hay problema un período lo suficientemente dilatado como para que sea posible determinar si la residencia en cada uno de los dos Estados es habitual, así como la periodicidad de las estancias²⁸.

Es decir, cuando la persona física disponga de una vivienda permanente en ambos Estados, el hecho de que tenga un domicilio habitual en un Estado y no en otro aparece como la circunstancia que, en caso de duda en cuanto a la

27 A efectos de considerar el comportamiento personal puede ser un ejemplo el hecho de que si una persona que tiene una vivienda en un Estado establece una segunda vivienda en otro Estado al tiempo que mantiene la primera, el hecho de la conservación de la primera vivienda en el entorno donde ha vivido siempre, donde ha trabajado y donde están su familia y sus bienes puede, junto con otros elementos, contribuir a demostrar que ha conservado el centro de sus intereses vitales en el primer Estado. Un ejemplo puede ser la Resolución del TEAC de 9 de abril de 1997. Un contribuyente había presentado certificado de residencia fiscal en Suiza, pero su familia, ocupaciones, fuentes de renta y vivienda estaban situados en España, por lo cual, a pesar de la acreditación formal de la residencia en otro Estado, se declaró al contribuyente como residente en España, sometido por tanto a tributación por obligación ilimitada.

28 Dado el carácter autónomo e independiente de las normas contenidas en los artículos 4,2 y 4,3 del MC OCDE, no cabe acudir a las legislaciones nacionales, más concretamente al concepto de residencia habitual que en se determina en el artículo 9 de la LIRPF, para concretar el significado de este criterio. Así, por ejemplo, J. ARESPACOHAGA entiende que el criterio determinante será el lugar donde el contribuyente permanezca más a menudo. Consúltase, “*Planificación fiscal internacional*”, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.p. 151-152. Sin embargo, para J. AVERY JONES et al, “Dual Residence of Individuals: The Meaning of the Expressions in the OECD Model Convention”, *British Tax Review* nº 15/1981, p. 116, señala que no se trata de ir computando las estancias, sino más bien de determinar cuál es el lugar en el que el interesado vive normalmente.

localización de su centro de intereses vitales, hará inclinar la balanza del lado del Estado donde permanezca con mayor frecuencia. A tal fin, deben considerarse, no sólo las estancias en la vivienda permanente del Estado de que se trate, sino también las efectuadas en cualquier otro lugar del mismo Estado.

La segunda situación se refiere al caso de una persona física que no tiene una vivienda permanente en ninguno de los Estados contratantes como, por ejemplo, en el caso de que la persona se desplace de un hotel a otro. En este supuesto han de considerarse igualmente todas las estancias en un Estado, sin que sea necesario determinar la razón de las mismas. Al disponer que, en las situaciones referidas, se dé preferencia al Estado contratante donde more la persona física, la letra b) no precisa el período de tiempo al que debe extenderse la comparación. Ha de ser un período lo suficientemente dilatado como para que sea posible determinar si la residencia en cada uno de los dos Estados es habitual, así como la periodicidad de las estancias.

Cuando en las dos situaciones mencionadas en la letra b) la persona física more en ambos Estados contratantes, o no lo haga en ninguno de ellos, se da preferencia al Estado del que sea nacional. Si, incluso en esos supuestos, la persona física posee la nacionalidad de ambos Estados contratantes, o no posee la de ninguno de ellos, la letra d) encomienda a las autoridades competentes la resolución de la cuestión mediante un acuerdo amistoso conforme al procedimiento establecido en el artículo 25

3. **LA RESIDENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS O NATURALES EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL FIRMADOS POR PANAMÁ**

Panamá, en la fecha en que se escriben estas líneas tiene firmados los siguientes Tratados Internacionales en materia de doble imposición internacional²⁹:

Panamá - México	23 de febrero de 2010
Panamá - Barbados	21 de junio de 2010
Panamá – Portugal	27 de agosto de 2010
Panamá - Qatar	23 de septiembre de 2010
Panamá – Países Bajos	6 de octubre de 2010
Panamá - España	7 de octubre de 2010
Panamá - Luxemburgo	7 de octubre de 2010
Panamá - Singapur	18 de octubre de 2010
Panamá - Corea	20 de octubre de 2010
Panamá - Italia	30 de diciembre de 2010
Panamá –Francia	30 de junio de 2011
Panamá – USA - TIEA	30 de noviembre de 2010

En relación con el artículo 4 que se incorporan en los Convenios o Tratados firmados por Panamá se puede afirmar que el contenido en los Tratados de México, Barbados, Portugal, Qatar, España, Luxemburgo, Singapur y Corea siguen prácticamente la misma redacción que el que recomienda la OCDE en su artículo 4, con algunas cuestiones menores:

²⁹ El 6 de julio de 2011, la OCDE anunció que Panamá ha sido listada en la categoría de jurisdicciones que han cumplido con los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información. Este objetivo se ha cumplido tras la firma de 12 CDIs o TIEAS.

- como la introducción del procedimiento amistoso para determinar la residencia de personas jurídicas en caso de conflicto entre los Estados – CDI Panamá – Singapur y CDI Panamá- Italia-;
- como la no consideración como residente en Panamá a quienes se les someta a tributación por la renta de fuente panameña – CDI Panamá – Qatar-; y,
- como el añadido de un nuevo apartado en el citado artículo –apartado 2, del artículo 4 del CDI Panamá- Países Bajos- en el que al definir residente de un estado contratante, se señala que la renta derivada por ese residente para ser considerada como tal, debe ser sometida a gravamen en manos de esa persona residente, y no se considere como renta obtenida por sus beneficiarios, miembros o participantes. Es decir, se está tratando de evitar supuestos de doble no tributación, como consecuencia de las rentas generadas por Fondos, Trusts, Partnerships, o cualquier otro tipo de entidades en atribución de rentas.
- En la misma línea que el párrafo anterior, el apartado quinto del artículo 4 del CDI Panamá- Francia señala que “No será considerada como residente de un Estado Contratante, en el sentido en que se emplea la expresión “residente” en este Artículo, ninguna persona que, aunque pueda definirse según lo establecido en los párrafos 1, 2, 3 y 4 que anteceden, sea únicamente la beneficiaria aparente de las rentas, las cuales, directa o indirectamente, por medio de otras personas físicas o jurídicas, son devengadas efectivamente por una persona que no puede ser considerada como residente del mencionado Estado en el sentido empleado en el presente artículo. Se trata de la cláusula antiabuso

denominada del beneficiario efectivo, que claramente tiene una conexión con el criterio de residencia.

- para terminar, tenemos que hacer alusión al apartado IV del Protocolo al CDI Panamá – Países Bajos en el que se señala que “una persona natural que vive a bordo de un buque sin domicilio real en cualquiera de los Estados contratantes se considerará residente del Estado contratante en el que el buque tiene su puerto base”. Parece que se está haciendo frente a los apátridas fiscales derivados del uso de barcos como viviendas o moradas, entre países con vocación marítima.

4. LA RESIDENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL FIRMADOS POR PANAMÁ

En la práctica será poco frecuente que las sociedades y demás entidades estén sujetas a imposición como residentes en más de un Estado, pero puede ciertamente presentarse el caso si un Estado atiende al lugar de inscripción en el registro y el otro a la sede de dirección efectiva. En consecuencia, también en el caso de sociedades y entidades han de establecerse reglas especiales de preferencia.

No parece adecuado dar importancia a un criterio puramente formal como es la inscripción en un registro. Por tanto, el apartado 3 tiene en cuenta el lugar desde donde la sociedad o entidad se dirige efectivamente. Algunos convenios para evitar la doble imposición reservan el derecho de imposición al Estado donde está la “sede de dirección” de la empresa; otros convenios toman en consideración la

“sede de dirección efectiva”, y otros también el “domicilio fiscal de la empresa”.

En virtud de estas consideraciones, se ha optado por la “sede de dirección efectiva” como criterio de preferencia para las personas distintas de las personas físicas. La sede de dirección efectiva es el lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de las actividades empresariales o profesionales de la entidad. Para determinar la sede de dirección efectiva deben considerarse todos los hechos y circunstancias pertinentes. Una entidad puede simultanear más de una sede de gestión, pero tendrá una única sede de dirección efectiva. Se ha preferido utilizar un criterio material para solucionar los conflictos de residencia.

No obstante, algunos países consideran que los casos de doble residencia de personas distintas de las personas físicas son bastante infrecuentes, debiendo analizarse de forma casuística. Algunos países consideran asimismo que este criterio casuístico es el idóneo para solventar las dificultades que pueda plantear la utilización de las tecnologías de la comunicación para determinar la sede de dirección efectiva de una sociedad. Estos países pueden dejar que sean las autoridades competentes quienes decidan sobre la cuestión de la residencia de tales personas. Dichas Administraciones que tengan que aplicar esta disposición para determinar la residencia de una persona jurídica a los efectos del Convenio, tendrán que tener en cuenta diversos factores, tales como dónde se celebran habitualmente las reuniones de su consejo de administración u órgano similar, desde donde realizan habitualmente sus funciones el consejero delegado y los altos ejecutivos, desde donde se realiza la alta gestión cotidiana, donde está situada su oficina central, qué legislación nacional rige su situación jurídica, donde están archivados sus documentos contables

y si la determinación de que la persona jurídica es residente de uno de los Estados contratantes pero no del otro, a los efectos del Convenio, pudiera implicar el riesgo de una utilización indebida de sus disposiciones, etc.

Dada la importancia de la residencia de las personas jurídicas, los Estados en sus negociaciones para la firma de los Tratados Internacionales suelen incorporar el procedimiento amistoso también como fórmula para resolver los conflictos entre países a la hora de determinar la residencia en uno u otro país.

5. LA RESIDENCIA FISCAL EN PANAMÁ

Como es sabido, los beneficios de los Tratados para Evitar la Doble Tributación suscritos por la República de Panamá con otros países –lo mismo ocurre en la totalidad de situaciones en las que concurre un CDI- y que hayan entrado en vigencia, solo serán aplicables cuando el contribuyente demuestre, en cualquier momento, que es residente en el país del que se trate, y se cumpla con las disposiciones del Tratado respectivo –entre otras cuestiones, que es persona a los efectos del Tratado correspondiente-. A los efectos de probar la residencia, las constancias expedidas por autoridades extranjeras harán fe, previa traducción oficial y legalización. Como no puede ser de otra manera, la aplicación de un Convenio de Doble Imposición se encuentra condicionada a que el contribuyente que la invoque debe ser residente de uno o de ambos Estados contratantes.

Por lo tanto, vamos a analizar la norma de residencia panameña. La Ley núm. 33 de 30 de junio de 2010 añade un capítulo al Código Fiscal sobre adecuación a los Convenios de Doble Imposición Internacional y otras medidas fiscales que tiene especial importancia en temas de residencia fiscal.

Así, el artículo 762-N señala que “se consideran domiciliados en la República de Panamá, para los efectos tributarios, las personas naturales que **permanezcan por más de ciento ochenta y tres (183) días** corridos o alternos en el año fiscal en el territorio nacional, y perciban o devenguen rentas sujetas al Impuesto, deberán determinar el mismo de acuerdo con las reglas establecidas en este Código”. Por lo tanto, el legislador panameño ha seguido la norma habitual para las personas físicas, es decir, la permanencia por más de 183 días a lo largo del año natural.

Igualmente se consideran domiciliados en el país, para los efectos tributarios, las **personas naturales que hayan establecido su residencia o lugar de habitación** en el territorio de la República de Panamá, salvo que en el año calendario permanezcan en otro país por un periodo de más de ciento ochenta y tres (183) días corridos o alternos, y **acrediten haber adquirido la residencia** para efectos fiscales en ese otro país. En estos

casos, la residencia en el extranjero se acreditará ante la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante constancia expedida por las autoridades competentes del Estado del cual son residentes. Como es sabido, Panamá, a través de la Resolución No. 201-2093 “adopta el uso del certificado de residencia fiscal para la aplicación de los tratados o convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta a partir de la entrada en vigencia de la Ley No. 33 de 30 de junio de 2010”. Es decir, en todo caso, como ocurre en la gran mayoría de las jurisdicciones junto con la vivienda habitual, se le da las correspondientes consecuencias a la presentación de un certificado de residencia emitido por las autoridades fiscales de un país. El problema que se puede plantear en este punto, es que algunas jurisdicciones fiscales emiten el certificado con

mucha facilidad, y sin tener en cuenta las normas mínimas para obtener la residencia fiscal. En estos casos, es de suponer, que será la Subdirección General de Tributación Internacional la que deberá proceder a dar soluciones en la aplicación de los Convenios de Doble Imposición en los casos de dudas, lagunas y discrepancias.

El legislador ha establecido como primer criterio determinante de la residencia habitual en territorio panameño, la llamada regla de los ciento ochenta y tres días. Así, se impone en el ordenamiento el concepto de residencia efectiva, frente al de residencia registral, por lo que, a efectos de la aplicación de este criterio, resulta irrelevante, tanto la nacionalidad como el domicilio legal o la residencia administrativa³⁰.

Dicha permanencia habrá de computarse teniendo en cuenta, de acuerdo con la terminología utilizada en la Ley, las llamadas *ausencias esporádicas*, es decir, “días alternos o corridos”, salvo que el contribuyente acredite o demuestre su residencia fiscal en otro Estado.

En cuanto a la *acreditación* de la residencia se exige al contribuyente por la Administración Tributaria y para poder probar dicha circunstancia³¹, no se exige al sujeto que demuestre su residencia habitual en otro país durante ciento ochenta y tres días en el año natural, sino tan sólo que pruebe ser considerado residente por la legislación de cualquier otro país, según sus propios criterios³².

30 Cfr. A.. BAENA AGUILAR: en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Colex, 1993, p.115.

31 Cfr. Res. DGT 21-06-1999 (Normacef fiscal)

32 Cfr. A. BAENA AGUILAR: en la obra colectiva, *Comentarios a la ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, Civitas, 1999, p. 68.

Asimismo, constituye una práctica habitual en la arena internacional incluir en la normativa, el criterio negativo que, a efectos del computo de la regla de los 183 días, según la cual no se computarán las *estancias temporales* que sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria, a título gratuito, con las Administraciones públicas panameñas o del país que sea. Algunos ordenamientos establecen con mayor precisión supuestos que no van a computar para determinar los señalados ciento ochenta y tres días de estancia en su territorio. Así, el legislador estadounidense se ha encargado de señalar supuestos específicos relativos a estudiantes, profesores, aprendices, personas sometidas a tratamiento médico en su territorio, así como personas en tránsito internacional que hacen escala en su territorio por un tiempo, que no van a tener la consideración de estancias a efectos fiscales³³.

Por otra parte, como es sabido, en el mundo actual, en el que la libre circulación de las personas se ha tratado de favorecer a través de la supresión de los tradicionales controles fronterizos, la prueba de la permanencia en un territorio determinado es una tarea muy compleja, que en determinados casos exige a la Administración desplegar una ingente labor inquisitoria³⁴.

Pese a ello, el legislador no ha renunciado a este criterio de sujeción al territorio para seguir configurando la residencia habitual ya que, si bien este supuesto es extremadamente débil por sí sólo, se vigoriza al verse acompañado de la regla de las *ausencias esporádicas*. Esta regla es de aplicación tanto a los sujetos que tenían anteriormente el

33 Cfr. L. W. ROTHSCHILD Jr. y R. J. MAGILLIGAN, "United States: The definition of residency for federal income purposes", *op. cit.*, p. 325 y ss.

34 Cfr. N. CARMONA MENDEZ: "De los apátridas fiscales (y los cambios artificiales de residencia)", *Carta Tributaria*, nº 231, 1995, p. 4.

carácter de residentes en nuestro territorio, como aquellos otros que no tenían dicha condición³⁵.

En un primer análisis podría parecer que dicho criterio nos conduciría a resultados absurdos, ya que estarían expuestos a ser gravados en territorio nacional, por su renta mundial, todos los turistas que hubiesen pasado por Panamá o España en un determinado ejercicio. Sin embargo, frente a esta interpretación de la norma cabe oponer dos consideraciones de rango legal.

Así, en primer lugar, no debe olvidarse que tanto el Código Fiscal, como la Ley General Tributaria obliga a la Administración a que aplique el sistema tributario de acuerdo con el *principio de proporcionalidad*, a lo que cabe añadir que, en todo caso, frente a una actuación administrativa que emplease el referido criterio, el contribuyente siempre tiene la posibilidad de acreditar su residencia en otra jurisdicción fiscal.

El cómputo de las ausencias deja de surtir efectos cuando el sujeto pasivo acredita que ha residido en otro país durante 183 días. Como vemos, no sólo se exige la permanencia fuera de Panamá durante 183 días, sino que ésta debe haberse llevado a cabo en el mismo país; si no es así, el legislador entiende que ese sujeto es residente en Panamá. De esta manera, se podrían atraer hacia Panamá aquellos supuestos de sujetos que, durante un año natural, no residen habitualmente en ningún Estado.

Es precisamente en este último caso cuando se plantean los problemas más significativos para aplicación de esta normativa. Como sabemos, la Ley del Impuesto sobre la renta permite al contribuyente oponerse a la regla de los 183 días si *acredita* su residencia fiscal en otro país, cir-

35 Cfr. N. CARMONA MÉNDEZ: en la obra colectiva *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, 2001, p. 97.

cunstancia que, a nuestro juicio, no implica que la referida acreditación deba consistir, de forma exclusiva, en un certificado de residencia emitido por las autoridades tributarias de un determinado territorio.

Desde luego, debe admitirse que un certificado de residencia fiscal en otro país será lo más cómodo, pero, dada la libertad de prueba que existe en materia tributaria³⁶, nada impediría que el contribuyente acreditase su residencia fiscal en otra jurisdicción a través de cualquier otro medio válido de prueba.

Al respecto, la DGT española, en respuesta a distintas consultas planteadas por los particulares, ha negado la validez, como elementos probatorios de la residencia fiscal en un determinado territorio de certificados de residencia administrativa, así como tampoco ha concedido valor acreditativo de la misma a certificados de empadronamiento, recibos de consumo, de agua, de gas, etc³⁷.

Si bien debe admitirse que la negativa al valor probatorio de dicho elementos tiene un cierta lógica, al no poder ofrecer, por sí mismos, una imagen de la verdadera situación a efectos de residencia del sujeto pasivo; no es menos cierto que la valoración conjunta de los mismos otorga una visión más ajustada de cuál es el territorio con el que el sujeto pasivo tiene una mayor vinculación.

En base a ello, entendemos que, en estos supuestos, la Administración no puede simplemente limitarse a negar la residencia fiscal del sujeto pasivo fuera de nuestras fronteras, amparándose en las ausencias esporádicas para determinar la residencia fiscal del contribuyente, sino que, además, habrá de articular una labor probatoria contraria a la

36 Cfr. Arts. 114 y ss. de la LGT.

37 Cfr. Resoluciones DGT de 26 de mayo de 1998 y 21 de diciembre de 1998 (Normacef fiscal).

desarrollada por el contribuyente encaminada a desvirtuar la pruebas aportadas por aquél.

Debemos advertir que el hecho de que se aporte por el particular un certificado de residencia en otro territorio no ha impedido a la Administración llevar a cabo una actuación encaminada a intentar demostrar el carácter de residente fiscal del particular de acuerdo con la normativa española o panameña, en su caso³⁸. Circunstancia, esta última, que si se entiende ajustada a derecho, debe conducir a admitir, de acuerdo, en primer lugar, con el *principio de igualdad de armas*³⁹, y en segundo lugar, con el, más amplio, derecho a la tutela judicial efectiva, la posibilidad de que el interesado acredite su residencia a través de otro medio distinto a la certificación de residencia fiscal en otro país.

Dicho razonamiento se ve reforzado por el hecho de que carecería de todo fundamento que una persona que pretendiese demostrar su residencia en un territorio calificado como paraíso fiscal⁴⁰, a la que no le es posible, de acuerdo con lo establecido en la redacción de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas española, que incorpora la cuarentena fiscal para residentes en paraísos fiscales, acreditar dicha situación a través de una certificación emitida por sus autoridades fiscales del paraíso, pudiese demostrar su permanencia en el mismo durante más de 183 días, y que, por el contrario, no pudiese hacerlo una persona que pretende *acreditar* su residencia en un territorio excluido de la “lista negra” emitida por las autoridades

38 Cfr. Resolución TEAC de 9 de abril de 1997 (Normacef fiscal).

39 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1995 que al respecto señala lo siguiente “ (...) El sustrato se encuentra en el principio de que nadie puede ser vencido en juicio sin ser oído, proposición donde se cobijan una serie de exigencias y, entre ellas, la garantía de un proceso contradictorio con igualdad de armas para las partes. (FJ 4º)”.

40 Circunstancia que no eliminaría su condición de residente fiscal en territorio español durante el período impositivo en curso y los cuatro siguientes de acuerdo con la actual redacción del artículo 9.3 de la LIRPF.

españolas, al admitirse, exclusivamente, como prueba de su residencia en un determinado territorio un certificado de residencia fiscal.

Otro problema habitual que surge con los certificados de residencia, es la determinación de las normas sobre las que se basa el mismo, es decir, si el certificado se emite atendiendo a las normas de residencia del país de que se trate, o bien hay que aplicar las normas del país respecto del cual se trata de demostrar la no residencia. Consideramos en este supuesto, que ante la falta de un concepto unitario de residencia para todos los países, es más aconsejable, dados los grandes problemas que se podrían presentar, si las autoridades fiscales tuviesen que acreditar la residencia de conformidad a los criterios de otro país, interpretar la norma de tal forma que el certificado pruebe la residencia en el país de que se trata⁴¹.

Por último, debemos añadir, que parece razonable la cautela establecida por el legislador español denegando carácter probatorio de la residencia a la certificación emitida por las autoridades de un país calificado como paraíso fiscal, ya que en la mayoría de estas jurisdicciones se han establecido criterios de residencia más laxos que los existentes en España, por ejemplo, siendo posible incluso adquirir, en ocasiones, la condición de residente a cambio del pago de una determinada suma de dinero.

41 Cfr. N. CARMONA FERNÁNDEZ, "El impuesto del ausente", Carta Tributaria núm. 342/2000, p. 5.

PATROCINADORES

TL&A

TAPIA LINARES & ALFARO

ABOGADOS | ATTORNEYS



MORGAN & MORGAN

Soluciones integrales,
para un mundo de innovación



Una organización global con un equipo multidisciplinario de más de 800 profesionales, capaces de ofrecer a sus clientes una gama completa de servicios legales, fiduciarios y financieros, bajo las más estrictas y sanas prácticas de la industria internacional.

MMG Tower, Piso 23 • Avenida Paseo del Mar, Costa del Este • Ciudad de Panamá, República de Panamá
(T) 507.265.7777 • (F) 507.265.7700 • customerservice@morimor.com • morimor.com • mmgbank.com



Morgan & Morgan

APADEFT

Asociación Panameña de
Derecho Financiero y Tributario