

MEDIDAS ANTIABUSO Y CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN*

Por

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LAS MEDIDAS CONTRA EL *TREATY SHOPPING*: EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS.- 3. LAS MEDIDAS CONTRA EL *RULE SHOPPING* (I): LA TRIBUTACIÓN DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL Y LAS SOCIEDADES INMOBILIARIAS.- 4. LAS MEDIDAS CONTRA EL *RULE SHOPPING* (II): LA TRIBUTACIÓN DE LOS ARTISTAS Y DEPORTISTAS.- 5. BIBLIOGRAFÍA

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "La incidencia de los convenios de doble imposición en el comercio internacional" (SEC2003-00696), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, cuyo investigador principal es el profesor Juan Manuel Barquero Estevan.

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que las operaciones económicas han superado los moldes de la territorialidad. El proceso de internacionalización de la vida económica se ha materializado en el fenómeno comúnmente denominado como la globalización. Las exigencias de este fenómeno explican que para competir en un mercado globalizado sea necesario tener presencia en más de un Estado. Por este motivo, no sorprende ya a nadie que una empresa tenga localizadas las distintas cadenas de su ciclo productivo en varios Estados. Este proceso ha multiplicado los flujos de rentas internacionales y, paralelamente, la posibilidad de que se produzcan supuestos de doble imposición internacional.

Para evitar que el fenómeno de la doble imposición suponga un obstáculo o merme la posición competitiva de una empresa es imprescindible que realice una mínima planificación fiscal. La estructura fiscal que se diseñe para una empresa debería subordinarse y ser congruente con su estructura empresarial, de forma que pueda justificarse por sus beneficios económicos y organizativos, con independencia de su efecto sobre el gravamen soportado por el grupo. De igual modo, los aspectos tributarios solamente deberían tener relevancia una vez que se ha determinado la estructura empresarial adecuada para competir en un mercado globalizado. Las estructuras artificiosas, es decir, las que solamente pretenden conseguir una ventaja fiscal sin que existan motivos económicos válidos subyacentes, serán objeto de ataque por las Administraciones tributarias y, por lo tanto, pueden no ser eficientes a medio plazo.

Pues bien, dentro de la planificación fiscal internacional, los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) tienen un papel muy importante. Una de las consecuencias más significativas de estos convenios, y especialmente de los que siguen el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (MC OCDE), es que eliminan o reducen la tributación que soporta el no residente en el Estado de la fuente, esto es, el Estado donde se originan los rendimientos. La mayoría de los Estados, especialmente respecto a determinadas rentas (dividendos y cánones), gravan de forma sensible las rentas obtenidas por los no residentes. Dicha tributación, con carácter general, solamente se elimina o se reduce cuando un convenio es aplicable. Por lo tanto, puede observarse la importancia que tiene la aplicación de un convenio, desde el punto de vista de la tributación que se sufre en el Estado de la fuente. Siendo esto así, parece claro que no es lo mismo invertir en un Estado con convenio que sin

convenio. Del mismo modo, no todos los convenios celebrados por un Estado son iguales. No será raro, por lo tanto, que haya convenios que reducen en mayor medida que otros el gravamen que soportan los rendimientos en la fuente.

En definitiva, al resultar decisiva la red de convenios de un Estado en el tratamiento tributario de las inversiones, es muy probable que muchos operadores económicos pretendan obtener los rendimientos que perciben en un determinado Estado desde aquel Estado con el que el primero (Estado de la fuente) ha celebrado un convenio de doble imposición que reduce en mayor medida la tributación por obligación real.

Este tipo de conductas dirigidas a la reducción de la tributación en la fuente a través de la aplicación de un convenio de doble imposición se han articulado, fundamentalmente, de dos formas.

En primer lugar, se encuentran las conductas u operaciones denominadas como *treaty shopping*. La reducción de la tributación en la fuente se articula a través de la aplicación de un convenio de doble imposición. Se busca la aplicación del convenio que autorice al Estado de la fuente el menor gravamen posible. El convenio elegido no es aplicable en principio, pero se realizan una serie de operaciones para acceder a su ámbito de aplicación. Normalmente ello se materializará a través de la constitución de una sociedad en el Estado que ha celebrado el convenio que se ha considerado más idóneo con el Estado en el que se obtiene la renta.

Ejemplo: Una persona residente en España tiene una participación del 10 por ciento en el capital de una sociedad residente, a efectos fiscales, en EEUU. Si no existiera convenio de doble imposición entre EEUU y España, los dividendos que paga la sociedad americana al residente español tributarían en EEUU por obligación real al 30 por 100. Como existe convenio, los dividendos sólo tributarán al 15 por ciento. No obstante, esta persona puede mejorar la fiscalidad de esos dividendos en EEUU si los obtiene desde Holanda. Si se obtienen esos dividendos desde Holanda, se aplicaría el CDI que este Estado ha celebrado con EEUU y los dividendos solamente tributarán al 5 por 100. Para obtener los dividendos desde ese Estado, en principio bastará constituir una sociedad en Holanda aportando, para ello, las participaciones en la sociedad americana. Después de esta operación, *los dividendos pasan a ser obtenidos por la sociedad residente en los Países Bajos.*

Como se puede observar, el *treaty shopping* consiste en obtener el rendimiento desde el Estado que ha celebrado con el Estado de la fuente el convenio que reduce, en mayor medida, la tributación por obligación real. No obstante, hay que destacar que para que estas operaciones logren sus objetivos, no solamente es

necesario tomar en consideración el régimen tributario del convenio que se quiere utilizar, sino que también hay que tener en cuenta la legislación del Estado a través del que se opera, también denominado "Estado intermedio". En este sentido, es necesario que el rendimiento obtenido desde el Estado intermedio no sufra una tributación significativa en el mismo. De no ser así, el beneficio obtenido por el desarrollo de una estructura *de treaty shopping* se perdería, porque el rendimiento resultaría gravado en el Estado donde reside la sociedad intermedia (o en el Estado intermedio). Por este motivo, para realizar estas estructuras no solamente hay que elegir el Estado con los mejores convenios, sino que también es importante tener en cuenta que la legislación del Estado intermedio elegido permita eliminar la tributación por obligación personal.

Por ello se comprende que las operaciones de *treaty shopping*, cuando se estructuran utilizando personas jurídicas, se materialicen siguiendo, básicamente, dos estrategias: la estrategia directa (*direct conduit*) y la estrategia indirecta (*stepping stone conduit*). Estas dos formas de estructurar la operación se diferencian en el método empleado para eliminar o reducir la tributación en el Estado intermedio.

En la estrategia directa no se produce tributación porque el rendimiento disfruta de un régimen en el Estado intermedio que le permite lograr ese efecto. Así, por ejemplo, si utilizamos el supuesto anterior, la sociedad holandesa que obtiene los dividendos procedentes de EEUU disfrutaría de un régimen de exención similar al previsto la normativa española (véase el art. 21 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

En la estrategia indirecta, la tributación se elimina compensando los ingresos percibidos por la sociedad intermedia con gastos facturados por entidades residentes en otro Estado. Siguiendo el ejemplo anterior, pensemos que, en vez de aportarse las participaciones a la sociedad holandesa, se venden a la misma. Simultáneamente, el español que transmite esas participaciones financia su adquisición a través de una operación de préstamo. Este préstamo devengará un interés anual que se aproxima a los dividendos que percibe la sociedad holandesa procedentes de la participación en la sociedad americana. Como se puede comprobar, se consigue que la tributación por obligación real se reduzca en EEUU, porque se aplica el convenio celebrado por Holanda con dicho Estado. Asimismo, los dividendos percibidos por la sociedad intermedia no tributan en Holanda, porque los ingresos que generan se compensan con los intereses que

tiene que pagar al español que financia la adquisición de las participaciones. Los intereses pagados por la sociedad holandesa al residente español no tributan por obligación real en Holanda, puesto que así lo establece su legislación.

Junto al *treaty shopping* se encuentra el *rule shopping*. Este tipo de operaciones también pretende reducir la tributación en la fuente. No obstante, el elemento principal de esta operación no es conseguir la aplicación de un determinado convenio, sino que una vez que un convenio es aplicable, lo que se pretende es que el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente se califique, a los efectos del convenio, según la categoría de renta que soporta un menor gravamen en dicho Estado.

Ejemplo: La mayoría de los convenios permiten que el Estado de la fuente pueda exigir un determinado impuesto sobre los dividendos obtenidos por el no residente. Por el contrario, cuando se transmite la participación, las ganancias patrimoniales derivadas de la misma no tributan en el Estado de la fuente. Por este motivo, se han generalizado las operaciones consistentes en la venta de la participación, con pacto de recompra, cuando la entidad participada procede a distribuir beneficios, para obtener el rendimiento sin tributación en el Estado de la fuente.

Como puede observarse, el objetivo del *treaty shopping* y el *rule shopping* es el mismo: *reducir la tributación en el Estado de la fuente*. Ambas conductas pueden utilizarse simultáneamente en una misma operación, es decir, en primer lugar, se puede buscar el mejor convenio celebrado por el Estado de la fuente y, seguidamente, tratar de que el rendimiento generado en dicho Estado reciba la calificación más favorable del convenio.

La generalización de estas estructuras ha planteado en el ámbito internacional la cuestión acerca de la procedencia, o no, de otorgar en estos supuestos los beneficios de los convenios. Especialmente se ha planteado la necesidad de denegar los beneficios de los convenios cuando las estructuras son artificiosas, es decir, cuando no subyace a las mismas ningún motivo económico válido. También se ha señalado que estas conductas, cuando se generalizan, pueden quebrar el principio de reciprocidad sobre el que se asientan estos convenios, además de que tienen el peligro de debilitar la posición negociadora de un Estado en esta materia.

La primera forma a través de la cual los Estados han justificado la denegación de los beneficios de los convenios a este tipo de conductas se ha materializado a través de la aplicación de las normas generales previstas en los ordenamientos nacionales contra el fraude a la ley tributaria. Estos instrumentos, como ha

señalado la doctrina, aunque reciben distinta formulación en los distintos Estados (*business purpose, fraud legis, substance over form*, etc.), apuntan a una misma idea y son intercambiables entre sí. En el ordenamiento español esa norma está recogida en el art. 24 de la Ley General Tributaria (LGT) de 1963 y en el art. 15 de la LGT de 2003, bajo la denominación “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”.

La aplicación de este tipo de normas en el ámbito de los CDIs ha encontrado, sin embargo, ciertos obstáculos. Uno de los argumentos principales que se ha esgrimido contra la aplicación de estas normas en estos supuestos es el principio *pacta sunt servanda* recogido en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados. No obstante, la posición de la doctrina y de los Tribunales ha experimentado un cambio, a nuestro juicio acertado, en el sentido de admitir la aplicación de estas normas para denegar los beneficios de los convenios a los sujetos que actúan conforme a los parámetros de las normas contra el fraude a la ley tributaria. Este cambio de posición se observa perfectamente en los trabajos e informes de la OCDE en esta materia.

Pues bien, aunque se admita la aplicación en este ámbito de las normas contra el fraude a la ley tributaria, hay que señalar que la denegación del convenio con base en las mismas presenta un problema añadido que radica en su propia configuración. Cuando la Administración trata de aplicarlas, tiene la carga de acreditar suficientemente que la conducta del contribuyente responde a los parámetros del fraude a la ley tributaria. Se trata, sin duda, de una tarea complicada. Si observamos lo que sucede cuando las Administraciones tributarias aplican estas normas en supuestos internos—es decir, en supuestos no internacionales, podemos advertir cómo en muchas ocasiones los Tribunales que revisan la actuación de la Administración han considerado que no se ha acreditado de manera suficiente que concurren los presupuestos para su correcta aplicación. Puede afirmarse que, en muchos Estados, los Tribunales de Justicia se muestran reacios a aplicar o a entender justificada la aplicación de estas disposiciones. Este fenómeno también se observa perfectamente en la jurisprudencia española. Un buen ejemplo es el de la tributación de las pérdidas o disminuciones patrimoniales producidas como consecuencia de la venta de bonos austriacos con posterioridad al cobro del cupón. A pesar de que, desde un punto de vista económico, la minusvalía que se genera por la transmisión de esos bonos es ficticia, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2001, ha considerado que, en modo alguno, puede calificarse esta conducta como un supuesto de fraude a la ley tributaria (art. 24 de la LGT de 1963).

Los problemas de aplicación que plantea este tipo de normas –tanto en supuestos internos como en los que se aplica un CDI– explican que frecuentemente estas conductas de los contribuyentes se combatan dictando normas específicas.

En este trabajo nos vamos a ocupar exclusivamente de las normas específicas previstas en el Modelo de Convenio de la OCDE contra los supuestos de *treaty shopping* y *rule shopping*. Obviamente, este tipo de conductas no son las únicas que se han considerado abusivas o en fraude a la ley en el escenario de la fiscalidad internacional. Sin embargo, sí son las únicas en las que la “actuación abusiva” está dirigida específicamente a la aplicación de un convenio. Existe otro tipo de conductas, como la creación de sociedades base en territorios de baja tributación con el fin de remansar en las mismas rendimientos obtenidos en otros Estados, conductas contra las que se lucha mediante normas específicas internas. Como esa sabido, el fenómeno anterior se combate con las normas en materia de transparencia fiscal internacional, que son normas internas de los Estados que tienen por finalidad proteger la tributación por obligación personal en el Estado de residencia. Propiamente, este tipo de conductas no constituyen una “utilización abusiva” de los convenios. Es más, se ha planteado por la doctrina, y así lo han ratificado algunos Tribunales, la posible incompatibilidad de estas normas con los CDIs.

Por las mismas razones, tampoco nos referiremos a las normas de los Estados en materia de precios de transferencia u operaciones vinculadas. En nuestra opinión, no se tratan de normas “antiabuso” o “antielusión”, toda vez que su finalidad es que las operaciones entre entidades asociadas o vinculadas se realicen conforme a los parámetros del principio de independencia (*arm's length principle*). Tampoco en estos casos existe una “utilización abusiva” de los convenios. Es más, son los propios convenios, siguiendo el art. 9 del MC OCDE, los que autorizan la aplicación de estas normas, siempre y cuando respeten las exigencias del principio de independencia.

En los epígrafes siguientes, por lo tanto, estudiaremos las medidas adoptadas en los CDIs contra las conductas de *treaty shopping* y *rule shopping*. Por lo que se refiere al primer tipo de conducta, nos detendremos en aquellas normas que tienen por finalidad restringir el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. Estas normas, que denominaremos cláusulas de limitación de beneficios (*limitation clauses on benefits*), persiguen el objetivo de que los convenios sólo se apliquen a los residentes que tienen un vínculo suficiente con los Estados parte del convenio o motivos económicos válidos para obtener desde alguno de ellos los rendimientos

generados en el Estado de la fuente. Por lo que respecta al *rule shopping*, analizaremos las medidas adoptadas para permitir que tributen en el Estado de la fuente dos tipos de conductas que pretenden que las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de bienes inmuebles y los rendimientos obtenidos por artistas y deportistas eludan la tributación en dicho Estado.

2. LAS MEDIDAS CONTRA EL *TREATY SHOPPING*: EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

En este apartado analizaremos las medidas que se han adoptado contra el *treaty shopping*. Como hemos visto, la principal consecuencia de estas conductas es que permiten acceder al régimen del convenio a sujetos para quienes, en principio, no estaba previsto. Por este motivo, *las medidas principales para resolver este problema se han dirigido a limitar o restringir el ámbito subjetivo de los CDIs*.

A tenor del art. 1 de MOCDE, los CDIs se aplican a las personas residentes en alguno de los Estados firmantes del convenio. Por lo tanto, los sujetos que tengan la condición de persona y residan en alguno de los Estados parte del convenio están legitimados a recibir sus beneficios.

El cumplimiento del primer requisito, tener la condición de persona, es relativamente sencillo, toda vez que este concepto se formula en términos muy amplios en el art. 3 del MC OCDE. El segundo requisito, tener la condición de residente en alguno de los Estados parte del convenio, exige que el contribuyente esté sujeto por la renta mundial obtenida en alguno de los Estados parte del convenio. En principio, a tenor del art. 4 del MC OCDE, no cualquier criterio de sujeción establecido por la legislación de un Estado que determina tal grado de tributación (tributación por la renta mundial obtenida) supone la adquisición de la condición de residente a los efectos de la aplicación del convenio. El art. 4 del MOCDE solamente parece admitir criterios de carácter material. Así, por ejemplo, aunque la legislación de un Estado establezca que la mera constitución de una entidad conforme a su derecho determina, desde el plano tributario, la sujeción en el mismo por la renta mundial obtenida, dicha entidad no tendrá la consideración de residente a los efectos de los CDIs celebrados por ese Estado. En consecuencia, se puede afirmar que el concepto de residencia del art. 4 del MC OCDE se construye en atención a dos aspectos: en primer lugar, por la extensión de la sujeción en ese Estado (tributación por la renta mundial obtenida) y, en

segundo lugar, por la naturaleza del criterio utilizado por la legislación del Estado para establecer ese grado de sujeción. En el MC OCDE solamente tendrían cabida criterios de carácter material. Por lo tanto, quedarían excluidos criterios como la nacionalidad (para las personas físicas) y el de la constitución (para las personas jurídicas).

No obstante, no todos los convenios siguen el MC OCDE en este aspecto. Buen ejemplo de ello son los convenios celebrados por EEUU. Como se desprende del art. 4.1 del Modelo de Convenio de EEUU de 1996, el concepto de residencia se construye exclusivamente a partir del grado de sujeción. Basta estar sujeto por la renta mundial obtenida en cualquiera de los Estados contratantes, con independencia de la naturaleza del criterio que provoca tal grado de sujeción, para adquirir la condición de residente a los efectos de la aplicación del convenio. En consecuencia, la nacionalidad y el criterio de la constitución de las personas jurídicas sí tendrían cabida en estos convenios. El Modelo de la Organización para las Naciones Unidas (ONU) de 1980 seguía en este punto el MC OCDE. Sin embargo, la versión de 1999 del MC ONU ha introducido expresamente el criterio de la constitución en su art. 4. Este dato nos puede hacer pensar que en el MC ONU (y en los convenios que lo sigan), al igual que en los convenios de EEUU, el concepto de residencia se delimita exclusivamente en atención al grado de sujeción.

Como se puede observar, la configuración del ámbito subjetivo de los CDIs hace que, en principio, sea sencillo tener derecho a su aplicación, lo que facilita, a su vez, la realización de conductas de *treaty shopping*. Este fenómeno se agudiza en los convenios que, como el MC EEUU de 1996 y la actual versión del MC ONU, admiten el criterio de la constitución de las personas jurídicas. Siendo esto así, bastará constituir una entidad en el Estado cuyos convenios se quieran utilizar para tener derecho a su aplicación.

Las medidas contra el *treaty shopping*, en esta fase, limitan el ámbito subjetivo de los convenios. En consecuencia, veremos cómo en los convenios que introducen medidas contra este fenómeno, el mero hecho de tener la consideración de residente no va a ser suficiente para tener derecho a recibir los beneficios del convenio. Lo que originan estas medidas, por consiguiente, es un incremento de los requisitos para tener derecho a los beneficios de los convenios.

Con carácter previo, hay que tener presente que el objetivo de estas medidas no es, en principio, denegar o condicionar la aplicación del convenio, al hecho de que la entidad que reclama su aplicación soporte un determinado nivel de

tributación en el Estado de residencia. Otra cosa es que la circunstancia anterior -cuál es el régimen de tributación que soporta esa entidad- pueda tenerse en cuenta para denegar la aplicación del convenio. En principio, para que se aplique el convenio basta estar sujeto formalmente en un Estado por la renta mundial obtenida, con independencia de cuál sea la tributación efectiva. Tan es así que una entidad sujeta y plenamente exenta, o bien que tributa a un tipo de 1 por 100, no pierde la condición de residente a los efectos de aplicación del convenio (véase el párrafo 8.2 de los Comentarios al art. 4 del MC OCDE 2003). Las normas dirigidas contra el *treaty shopping* -las cláusulas de limitación de beneficios- no tienen como presupuesto, en principio, cuál es el nivel de tributación que soporta el sujeto en el Estado de residencia.

Como veremos, estas normas basculan sobre presupuestos distintos: los convenios se aplicarán a los sujetos residentes que acrediten tener un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde el mismo los rendimientos generados en el Estado de la fuente. Se pretende así conseguir que no se beneficien de los convenios sujetos a los que en principio no estaban dirigidos.

En cualquier caso, el hecho de que las cláusulas de limitación de beneficios no se fundamenten en la tributación que se soporta en el Estado de residencia, no quiere decir que los Estados que celebran el convenio puedan decidir que no será aplicable a los sujetos que disfrutan de un "régimen fiscal privilegiado". La introducción de estas normas, como ha señalado la doctrina, está dirigida a expulsar del ámbito de aplicación del convenio a personas o entidades que tributan en régimen privilegiado. La inaplicación del convenio se materializa a través de las llamadas "cláusulas exclusión".

Un ejemplo de este tipo de cláusulas lo encontramos en el apartado primero del Protocolo del convenio entre España y Luxemburgo. Según esta cláusula de exclusión, el mencionado convenio no se aplica "*a las sociedades holding, definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1938*".

La utilización de cláusulas de exclusión está prevista en el párrafo 15 de los Comentarios al art. 1 del MC OCDE 2000. No obstante, en los Comentarios a la versión de 2003 del MC OCDE, se traslada al párrafo 21. De esta reforma pueden derivarse dos conclusiones. En primer lugar, que al no encontrarse ya esta cláusula en los párrafos de los Comentarios al art. 1 dedicados a las cláusulas de limitación de beneficios, se confirma que la cláusula de exclusión tiene una

naturaleza distinta. En segundo lugar, con esta modificación los Comentarios refuerzan la idea de que éste debe ser el método para excluir del ámbito de aplicación de los CDIs a los sujetos que disfrutan de un régimen de baja imposición y, en particular, de un régimen que reciba la calificación de “régimen fiscal pernicioso” (*harmful preferential tax regime*).

En cualquier caso, antes de pasar al análisis de las “verdaderas cláusulas de limitación de beneficios”, hay que volver a poner de relieve que el objeto de las cláusulas de limitación de beneficios es distinto al de la cláusula de exclusión. En las primeras, lo determinante es que el sujeto tenga un vínculo suficiente o motivos económicos válidos. En la segunda, lo determinante es que el sujeto no disfrute de un régimen de baja tributación. Obviamente, el hecho de que una entidad disfrute de un régimen privilegiado puede fomentar el desarrollo de estructuras *treaty shopping*. Sin embargo, en principio, para las cláusulas de limitación de beneficios, el sujeto que tiene un vínculo suficiente o motivos económicos válidos, aunque disfrute de un régimen privilegiado, debe tener derecho a la aplicación del convenio.

Pues bien, a la hora de analizar las cláusulas de limitación de beneficios debemos partir de las cláusulas previstas en los párrafos 11 y ss. de los Comentarios al art. 1 del MC OCDE 2003 y del art. 22 del Modelo de convenio de EEUU de 1996. Al mismo tiempo, hay que advertir que en esta materia los Comentarios al art. 1 de la versión del MC OCDE de 2003 han introducido cambios significativos.

La posición de la OCDE respecto a la introducción de estas cláusulas se recoge, fundamentalmente, en el párrafo 12 de los Comentarios al art. 1. En primer lugar, resulta significativo que la OCDE no haya incluido ninguna cláusula de este tipo en el texto del Modelo de Convenio. En efecto, las cláusulas que se proponen se encuentran en los Comentarios y se deja a los Estados contratantes la decisión de incluirlas en el texto del convenio. Esta posición es sensiblemente distinta a la de EEUU, cuyo su Modelo de Convenio prevé expresamente la inclusión de estas cláusulas. Es más, la introducción de estas normas en los convenios de doble imposición forma parte de la política estadounidense en esta materia.

La segunda cuestión que hay que analizar es el método utilizado para afrontar el *treaty shopping* mediante la introducción de este tipo de normas. En principio, existirían dos formas de acometer este fenómeno. En primer lugar, se trataría de no modificar la configuración actual del ámbito subjetivo de los CDIs, sin perjuicio de incluir de forma aislada alguna cláusula de limitación de beneficios

(enfoque aislado). La segunda opción pasaría por reconfigurar el ámbito subjetivo de los convenios, introduciendo un conjunto completo de cláusulas de limitación de beneficios (enfoque global).

En la actualidad, tras la reforma de los Comentarios al art. 1 por parte del MC OCDE 2003, las dos alternativas están previstas en dichos Comentarios. No obstante, hasta la modificación de 2003, solamente se contemplaba en los Comentarios al MC OCDE la primera alternativa (enfoque aislado).

Pues bien, respecto a lo anterior, los Comentarios proponen la introducción de alguna de las cláusulas siguientes:

a) *Cláusula de transparencia (look-through approach)*: “Una sociedad residente de un Estado contratante no tendrá derecho a las desgravaciones impositivas previstas en el convenio respecto de cualesquiera rendimientos, ganancias de capital o beneficios, si su propiedad o su control se detenta, directamente o a través de una o más sociedades cualquiera que sea su residencia, por personas que no son residentes de un Estado contratante”. Como se puede observar, esta cláusula denegaría la aplicación del convenio a las entidades controladas mayoritariamente por sujetos que no residen en ninguno de los Estados parte del convenio. Como esta cláusula, en los términos en los que se formula, puede ser muy restrictiva, los Comentarios proponen también que deberían introducirse las “cláusulas de salvaguardia” necesarias para impedir que se deniegue la aplicación del convenio cuando el sujeto realiza “actividades empresariales legítimas”.

Hay que significar que esta cláusula se encuentra recogida en un buen número de convenios celebrados por España. Entre otros, se encuentran los convenios celebrados por España con Bolivia, Cuba, Eslovenia, Irlanda, Islandia, Israel, Portugal y Rusia, que contienen una cláusula del siguiente tenor:

“En relación con los artículos 10, 11, 12 y 13, las reducciones o exenciones impositivas previstas por el Convenio en lo referente a los dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital, no serán aplicables cuando dichas rentas se obtengan en un Estado contratante por una sociedad residente del otro Estado contratante en cuyo capital participen, directa o indirectamente, en más de un 50 por 100, socios no residentes de ese otro Estado. Lo dispuesto en este número no será aplicable cuando dicha sociedad realice en el Estado contratante del que sea residente actividades comerciales o industriales sustantivas, distintas de la simple gestión de valores u otros activos”

Como se puede apreciar, esta cláusula es similar a la cláusula de transparencia y, además, siguiendo la recomendación de la OCDE, “salvaguarda” la aplicación

del convenio cuando la entidad afectada por la misma realiza una actividad económica legítima.

b) *Cláusula de tránsito (the channel approach)*: “Cuando las rentas procedentes de un Estado contratante se obtengan por una sociedad residente del otro Estado contratante, y una o más personas no residentes de ese otro Estado contratante: a) detentan directa o indirectamente o a través de una o más sociedades cualquiera que sea su residencia, un interés sustantivo en dicha sociedad, en forma de participación o de otro modo, y b) ejercen directa o indirectamente, de forma individual o conjuntamente, la gestión o el control de dicha sociedad, cualquier disposición de ese Convenio que reconozca una exención o reducción impositiva no será aplicable si más del 50 por ciento de dichas rentas se utiliza para satisfacer obligaciones con dichas personas (incluidos los intereses, cánones, gastos de desarrollo, publicidad, primer establecimiento y desplazamiento, y amortización de cualquier clase de activos empresariales comprendidos los activos inmateriales y procesos productivos)”.

Esta cláusula está prevista, fundamentalmente, para excluir la aplicación del convenio cuando la conducta de *treaty shopping* se presenta en su modalidad indirecta (*stepping stone conduit*). Al igual que en la cláusula de transparencia, la OCDE advierte que “los Estados que consideren la introducción de cláusulas de este tipo en sus convenios deben tener en cuenta que podrían afectar a operaciones empresariales normales y que deben, por consiguiente, complementarse con una cláusula de buena fe”.

c) *Cláusulas moderadoras*: La OCDE propone, con carácter general, que en los supuestos en que se utilicen las disposiciones anteriores, se las complemente con las normas que a continuación se indican. La finalidad de estas cláusulas moderadoras es que no resulten excluidos supuestos en los que no puede considerarse, en modo alguno, que los sujetos utilizan abusivamente los convenios. Algunas de esas cláusulas ya han sido mencionadas aquí, como se comprobará a continuación:

Cláusula general de buena fe: “Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la sociedad pruebe que su objeto principal, la realización de su actividad empresarial y la adquisición o tenencia de las acciones u otros bienes de los que se deriven las rentas de que se trate, están motivados por razones empresariales válidas y en consecuencia no tienen como objeto principal la obtención de beneficios al amparo de este Convenio”

Cláusula de actividad: “Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la sociedad realice actividades empresariales sustantivas en el Estado contratante del que

es residente, y la desgravación impositiva reclamada al otro Estado contratante se refiere a rentas relacionadas con dichas actividades”

Cláusula de cotización en bolsa: “Las disposiciones anteriores no serán aplicables a una sociedad residente de un Estado contratante si la clase principal de las acciones de esa sociedad está admitida a cotización en un mercado de valores autorizado en un Estado contratante, o si dicha sociedad pertenece en su totalidad, directamente o a través de una o más sociedades siendo todas ellas residentes del primer Estado, a una sociedad que es residente del primer Estado y cuya clase principal de acciones está admitida a cotización de esa forma”

Cláusula de desgravación alternativa: “Cuando se trate de disposiciones antielusión referidas a no residentes de un Estado contratante, puede establecerse que la expresión no se entenderá referida a los residentes de terceros Estados cuando esos Estados tengan convenio de doble imposición con el Estado contratante del que se reclama la desgravación impositiva y tales convenios reconozcan desgravaciones impositivas no inferiores a las que se reclaman al amparo de este Convenio”

Con carácter general, hay que observar que en los supuestos en los que se introducen estas cláusulas, el ámbito subjetivo de los convenios no varía. Los convenios, como dispone el art. 1 del MC OCDE, se siguen aplicando a las personas residentes en alguno de los Estados contratantes. Solamente en los supuestos en los que el sujeto residente se encuentre afectado por alguna de estas cláusulas se le denegará la aplicación del convenio. No obstante, hay que tener en cuenta que a través de la cláusula de actividad o la cláusula general de buena fe puede evitarse la denegación de los beneficios del convenio.

El segundo enfoque de esta materia es el previsto en el nuevo párrafo 20 resultante de la reforma de los Comentarios al art. 1 del MC OCDE en 2003 (enfoque global). En este párrafo se plantea la introducción de un conjunto completo de cláusulas de limitación de beneficios que, como veremos, supone una “reconfiguración material” del ámbito subjetivo de los CDIs. En este punto, sin lugar a dudas, se percibe la influencia estadounidense, pues se advierte a primera vista que su redacción responde al esquema del art. 22 del MC EEUU de 1996. No obstante, aunque la redacción sea similar, se descubre una diferencia importante que todavía conserva el MOCDE: estas cláusulas, a diferencia de lo que sucede en el MC EEUU, todavía no están previstas expresamente en el articulado del MC OCDE. Aunque cada vez la intensidad sea menor, sin duda revela una posición diferente acerca de la procedencia de incluir este tipo de normas en los convenios. Respecto a los convenios españoles, el único que sigue

este método es precisamente concertado con EEUU (véase su art. 17).

Pues bien, como ya hemos mencionado, las cláusulas de limitación de beneficios se caracterizan porque modifican el ámbito subjetivo de los convenios. Para que se aplique un convenio que sigue el MC OCDE basta tener la consideración de residente en uno de los Estados parte. Por el contrario, los convenios con estas cláusulas de limitación de beneficios requieren que el contribuyente, además de cumplir el requisito de la residencia, tenga *un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en el Estado de la fuente*. Como se puede apreciar, a primera vista lo que hacen estas normas es *incrementar* los requisitos que hay que cumplir para que los convenios sean aplicables.

No obstante, estos requisitos adicionales solamente se exigen a las personas jurídicas. Las personas físicas, por el mero hecho de residir en alguno de los Estados parte, tienen derecho a la aplicación del convenio. Ello se justifica porque los criterios establecidos por los Estados para determinar la residencia de las personas físicas garantizan, por sí mismos, que la persona física tiene un vínculo material suficiente con el Estado de residencia.

Advertencia: Hemos señalado que los convenios que siguen el MC EEUU admiten, para las personas físicas, el criterio de la nacionalidad. Sin duda alguna, este criterio, cuando determina también la residencia a los efectos de la aplicación del convenio, no garantiza que exista un vínculo suficiente de carácter fáctico. Por este motivo, para evitar lo anterior, los convenios celebrados por EEUU con cláusulas de limitación de beneficios completas, recogen una disposición similar a la que contiene el art. 5 del Protocolo del convenio entre EEUU y España: *“Un ciudadano de los Estados Unidos o un extranjero con permiso de residencia permanente en los Estados Unidos (titular de «carta verde») se considerará residente de los Estados Unidos solamente si la persona física tiene una presencia sustancial en los Estados Unidos o si debe de ser considerada residente de los Estados Unidos, y no de otro país, con arreglo a los subapartados a) y b) del apartado 2 de ese artículo”*.

Por el contrario, el concepto de residencia de las personas jurídicas no garantiza ese extremo, especialmente cuando se admite el criterio de la constitución, como sucede en el MC EEUU. Por este motivo, está plenamente justificado que el cumplimiento de los “requisitos adicionales” que establecen las cláusulas de limitación de beneficios solamente se exijan a las personas jurídicas.

Las personas jurídicas residentes recibirán la protección de los convenios cuando cumplan alguna de las cláusulas de limitación de beneficios previstas en los mismos. Estas cláusulas son *la cláusula de cotización en bolsa, la cláusula de propiedad*

y erosión en la base y la cláusula de actividad. Su configuración es similar a las cláusulas de cotización en bolsa, de tránsito y de actividad que hemos señalado más arriba. El cumplimiento de estas cláusulas garantiza que el sujeto que reclama la aplicación del convenio tiene un vínculo suficiente o motivos económicos válidos.

No obstante, hay que advertir que las cláusulas señaladas se han formulado en términos muy restrictivos. Así, por ejemplo, solamente cumplen la cláusula de cotización en bolsa las sociedades residentes que coticen en un mercado secundario situado en un Estado parte del convenio. Por lo que respecta a la cláusula de propiedad y erosión en la base, es necesario que la sociedad pertenezca en más de un cincuenta por ciento a personas que residan en alguno de los Estados parte del convenio y que no destine más del cincuenta por ciento de sus ingresos a atender pagos de los que sean beneficiarios residentes en Estados terceros. Por último, cumplirán la cláusula de actividad las sociedades que realicen una actividad empresarial cuando los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente estén relacionados directa o accesoriamente con dicha actividad.

La configuración de las cláusulas anteriores deja sin la protección del convenio a un gran número de sujetos. Pensemos, respecto al convenio entre EEUU y España, en el siguiente ejemplo: una sociedad residente en España que pertenece mayoritariamente a personas físicas residentes en Francia no cumple la cláusula de propiedad y erosión en la base.

No obstante, las personas jurídicas que no cumplen ninguna de las cláusulas anteriores pueden acceder al convenio a través de una cuarta cláusula que es la *cláusula general de buena fe*. En virtud de la misma, el contribuyente puede solicitar a la Administración tributaria correspondiente la aplicación del convenio. La Administración resolverá favorablemente solamente cuando el contribuyente haya demostrado que su presencia en el Estado de residencia no tiene como único fin obtener el acceso a los beneficios del convenio.

Como se puede observar, la introducción de estas cláusulas restringe significativamente el ámbito subjetivo de los CDIs. Además, no será extraño que muchos sujetos solamente puedan acceder al convenio a través de la cláusula general de buena fe. Esta cláusula, si la comparamos con la mecánica de las normas de los Estados contra el fraude a la ley tributaria, produce una especie de inversión de la carga de la prueba, toda vez que el contribuyente (y no la Administración) tiene que probar que “no actúa en fraude a la ley tributaria” para que se le apliquen los beneficios de los convenios. Esta situación, en la práctica,

puede dificultar que los operadores económicos reciban efectivamente los beneficios de los convenios. No obstante, hay que significar que la normativa de algunos Estados sobre la gestión de los impuestos de los no residentes ha introducido mecanismos para facilitar la aplicación de los convenios que incorporan estas normas. El ejemplo más significativo es el mecanismo desarrollado por la Administración holandesa. La legislación holandesa prevé que, con respecto al convenio con EEUU, los contribuyentes residentes en Holanda puedan solicitar a la Administración de este país un certificado acerca del cumplimiento de estas cláusulas. Dicho certificado ha sido aceptado por la Administración americana, a los efectos de que los residentes en Holanda puedan probar en EEUU que cumplen estas cláusulas.

Por último, debemos señalar que la doctrina ha puesto de relieve que las cláusulas de limitación de beneficios previstas en los distintos CDIs celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea con EEUU pueden ser incompatibles con el Derecho comunitario. Aunque todavía no existe un pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede sostenerse dicha incompatibilidad con base en los pronunciamientos de este Tribunal en otros asuntos (entre otras, véanse las sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97 y 5 de noviembre de 2002, *Open Sky*, C-476/98)

3. LAS MEDIDAS CONTRA EL *RULE SHOPPING* (I): LA TRIBUTACIÓN DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL Y LAS SOCIEDADES INMOBILIARIAS

El art. 13 del MC OCDE regula la tributación de las ganancias de capital. Con carácter general, las ganancias derivadas de la enajenación de bienes solamente pueden sujetarse a tributación en el Estado de residencia del transmitente. No obstante, el art. 13 del MC OCDE establece algunas excepciones, que implican que el Estado de la fuente pueda someter también a tributación las rentas derivadas de la transmisión del bien. La tributación de los bienes inmuebles es una de esas excepciones.

El apartado primero del art. 13 del MC OCDE establece que las ganancias patrimoniales que obtiene un residente en un Estado contratante por la enajenación de un bien inmueble situado en el otro Estado contratante, pueden sujetarse a tributación en este último. Como se puede apreciar, el Estado de

situación del bien inmueble puede someter a tributación la ganancia obtenida por la persona residente en el otro Estado parte del convenio. Hay que significar que esta regla no se aplica ni a las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles situados en el Estado de residencia del transmitente, ni a las ganancias derivadas de la transmisión de inmuebles que estén situados en Estados que no forman parte del convenio.

Se ha tratado de eludir la tributación en el Estado de situación del bien inmueble (Estado de la fuente) a través de la siguiente conducta que puede encuadrarse en lo que se denomina *rule shopping*. La forma habitual ha consistido en constituir una entidad a la que se aporta el inmueble situado en el Estado de la fuente. Posteriormente, se transmiten las participaciones en dicha entidad. En principio, el art. 13.1 del MC OCDE solamente permite al Estado de situación del inmueble gravar la ganancia cuando la transmisión del inmueble es directa. Cuando se realiza una estructura como la anterior, no se aplicaría la regla del apartado primero del art. 13, sino la regla general que determina que la ganancia solamente puede tributar en el Estado de residencia. La aplicación de la regla general supone también que el Estado de la fuente no puede gravar la ganancia patrimonial.

El MC OCDE, hasta su modificación de 2003, no preveía ninguna regla para impedir este tipo de conductas. Por el contrario, el MCEEUU de 1996 (art. 13.2) y la versión de 1999 del Modelo de convenio de la ONU (art. 16.4) prevén reglas específicas para impedir que estos comportamientos eludan la tributación en la fuente. No obstante, a pesar de que las versiones del MC OCDE anteriores a la de 2003 no establecieran ninguna cláusula en esta materia, los Comentarios al art. 13 del MC OCDE no pasaban por alto este fenómeno y señalaban lo siguiente (antiguo párrafo 23):

“Algunas legislaciones fiscales asimilan la enajenación de la totalidad o parte de las acciones en una sociedad cuyo objeto exclusivo o principal consista en detentar bienes inmuebles, a la enajenación de tales bienes. Las disposiciones del [art. 13.1 del MC OCDE] no autorizan por sí mismas esta práctica; la asimilación exige una disposición especial en el Convenio bilateral. Naturalmente, los Estados contratante son libres para incluir una disposición de ese tipo en sus convenios bilaterales, o para confirmar expresamente que la enajenación de acciones no puede asimilarse a la enajenación de los bienes inmuebles”

Por lo tanto, los Comentarios admitían que los Estados negociasen la inclusión

en el convenio de una disposición específica para evitar que estos supuestos de *rule shopping* eludan la tributación en la fuente. En la versión de 2003, se introduce expresamente una cláusula en tal sentido en el párrafo cuarto del art. 13 del MC OCDE.

La posición de España sido favorable a la inclusión de una norma específica en esta materia. Por este motivo se comprende que España, antes de la actualización del MC OCDE de 2003, formulara una reserva a este artículo del siguiente tenor: *“España se reserva el derecho a gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones u otras participaciones en una sociedad cuyo activo consista principalmente en bienes inmuebles situados en España”*. Son más de 20 los convenios españoles que prevén una cláusula de esta naturaleza. A la vista de lo anterior, parece claro que España quiere evitar la posibilidad de eludir la tributación en España de las ganancias patrimoniales producidas por la enajenación de bienes inmuebles situados en su territorio, acudiendo al procedimiento de constituir una sociedad que sería titular del inmueble y transmitiendo no este directamente, sino las participaciones de la sociedad propietaria del mismo.

Con carácter general, puede observarse que los convenios españoles no han seguido el concepto de “sociedad inmobiliaria” que contemplaban los Comentarios al MC OCDE. Los Comentarios definían el concepto de sociedad inmobiliaria en atención al objeto social de la misma —“que el objeto social exclusivo o esencial [consista] en poseer bienes inmuebles”-. Por el contrario, los convenios españoles, al igual que el MC ONU de 1999, definen este concepto en atención a la composición del activo de la sociedad —“activo compuesto principalmente por bienes inmuebles”-.

La doctrina ha criticado la ambigüedad del criterio utilizado por los convenios españoles para definir el concepto de sociedad inmobiliaria. Por esta razón, se ha señalado que podría haberse utilizado un criterio más preciso, como el que se prevé en el impuesto español sobre transmisiones patrimoniales onerosas. En este supuesto, el concepto de sociedad inmobiliaria se refiere a las sociedades cuyo activo esté constituido al menos en su cincuenta por ciento por inmuebles situados en territorio español. Un criterio similar es el que utiliza el MC ONU (art. 13.4) al establecer que significa que el activo de la sociedad esté compuesto principalmente por bienes inmuebles.

El nuevo párrafo cuarto del art. 13 del MC OCDE ha definido el concepto de sociedad inmobiliaria en el mismo sentido que el Modelo de la ONU. Por lo tanto, la cláusula se aplicará cuando el activo de la sociedad esté representado en más

de un 50 por 100 en inmuebles situados en el Estado de la fuente. No obstante, en los nuevos Comentarios a este precepto (párrafos 28.3 a 28.8) se prevé que los Estados puedan modificar dicho porcentaje a la hora de negociar un convenio.

Por otro lado, algunos convenios españoles, al igual que el Modelo de la ONU, extienden el concepto de sociedad inmobiliaria a las sociedades inmobiliarias de segundo grado. En estos casos, no solamente quedarían comprendidas las ganancias patrimoniales derivadas de la enajenación de participaciones en sociedades que posean directamente los inmuebles, es decir, que estos formen parte de su activo, sino también de aquellos casos en que los inmuebles se posean indirectamente, por medio de otra sociedad. Por consiguiente, esta regla especial también es aplicable a los supuestos de enajenación de participaciones en sociedades en cuyo activo figuren participaciones en otras entidades que sean propietarias de inmuebles. En estos supuestos, para ver si concurre el requisito de que el activo de la sociedad participada esté compuesto principalmente por bienes inmuebles, habrá de tomarse en consideración, conjuntamente, el porcentaje que los inmuebles representan en el activo de la segunda sociedad y el que las participaciones de ésta supongan dentro del activo de la primera.

El nuevo párrafo cuarto del MC OCDE también puede aplicarse sobre las sociedades de segundo grado, como sucede en el Modelo de la ONU y en algunos convenios españoles.

Por último, hay que señalar que los Comentarios a este nuevo precepto (art. 13.4 MC OCDE) prevén que se pueda excluir la aplicación de esta regla especial en determinados casos. Se trataría, por ejemplo, de los supuestos en los que la sociedad inmobiliaria cotiza en bolsa o en aquellos casos en los que las ganancias patrimoniales afloran como consecuencia de una reorganización societaria (fusión, escisión, etc.)—véase el párrafo 28.7 de los Comentarios al art. 13 del MC OCDE).

4. LAS MEDIDAS CONTRA EL *RULE SHOPPING* (II): LA TRIBUTACIÓN DE LOS ARTISTAS Y DEPORTISTAS

El artículo 17 del MC OCDE establece una regla especial para la tributación de los rendimientos percibidos por artistas y deportistas que excluye el régimen general previsto en los arts. 14 (“trabajos independientes”) y 15 (“trabajos dependientes”). Según los arts. 14 y 15 del MC OCDE, los rendimientos percibidos por el sujeto pasivo quedan exentos de tributación en el Estado de la

fuente (Estado donde ejerce su actividad personal), salvo que disponga en el mismo de una base fija (art. 14) o si permanece en el mismo más de 183 días. El art. 17 del MOCDE permite al Estado de la fuente someter a gravamen los rendimientos percibidos por los artistas o deportistas por el desarrollo de su actuación, aunque los mismos no tengan en dicho Estado una base fija o permanezcan en el mismo un tiempo inferior al señalado.

Advertencia: El art. 14 del MOCDE ha sido derogado en la versión de 2000. Este artículo se ha eliminado por varias razones. Entre ellas se puede destacar la imposibilidad de determinar las diferencias prácticas entre el artículo 14 sobre servicios personales independientes, y el artículo 7 sobre rentas empresariales. El Grupo de trabajo de la OCDE que analizó esta cuestión observó que en los casos en los que había alguna diferencia entre el art. 7 y el 14 no se encontraba ninguna justificación para las mismas. En la mayoría de los casos en los que resultaba aplicable el artículo 14, se observó que también era aplicable el artículo 7. Estos rendimientos, en la versión de 2000 del MOCDE, se registrarán por el art. 7 del mismo Modelo.

Como se puede apreciar, el art. 17 del MC OCDE establece un sistema de *tributación compartida* entre el Estado en el que el artista o el deportista desarrolla su actuación (Estado de la fuente) y el Estado de residencia. A diferencia de lo que sucede en otras disposiciones del MC OCDE (ver los arts. 10 y 11 referidos a los dividendos e intereses, respectivamente), el Estado donde ejerce la actividad personal el artista o el deportista puede someter a imposición los rendimientos percibidos de acuerdo con su legislación interna, sin que el convenio establezca límite alguno. El sistema establecido por el art. 17 del MC OCDE es, por lo tanto, un sistema de tributación compartida ilimitada, toda vez que el convenio no establece restricción alguna al gravamen que puede exigir el Estado de la fuente al artista o deportista no residente.

Advertencia: El MCEEU de 1996 contiene como especialidad la introducción de un límite cuantitativo para el gravamen en el Estado de la fuente. Este límite se fija en 20.000 dólares durante el período impositivo considerado. Por lo tanto, si los rendimientos obtenidos durante el período impositivo por el artista o deportista no residente no superan en el Estado de la fuente dicha cifra, no sufrirán tributación alguna. Si se supera esa cantidad, la totalidad del rendimiento obtenido en el Estado de la fuente podrá sujetarse a gravamen. El convenio celebrado por España con EEUU prevé también esta especialidad, aunque la cifra se fija en 10.000 dólares o su equivalente en euros.

Para evitar el gravamen en el Estado de actuación, en la práctica se ha dado la siguiente operación de planificación fiscal. La contratación de las actuaciones de artistas (o deportistas) se suele realizar en el ámbito internacional en el marco

de lo que se ha denominado un *slave agreement*. Con arreglo a este tipo de contratos, el artista (o deportista) está unido por un contrato de trabajo con una entidad (*slave company*), de manera que esta última le paga un salario en relación con las actuaciones que el artista deba representar en los distintos lugares donde le señale su empleador. Dicha entidad está facultada para contratar los servicios de los artistas (o deportistas) que tiene “empleados” con cualquier promotor que desee organizar una actuación.

Normalmente, las contrataciones de las actuaciones suelen realizarse entre la *slave company* (que será una entidad no residente en el Estado de la actuación) y el promotor nacional, sin que medie ninguna relación jurídica entre dicho promotor y el artista o deportista. Es más, en la mayoría de los casos el promotor paga las cantidades acordadas en el contrato a la *slave company*. Por consiguiente, el artista o deportistas no recibe directamente retribución alguna.

Como se puede apreciar, esta estructura triangular puede tener por finalidad evitar la tributación en el Estado de la fuente. Al ser una entidad no residente (*slave company*) la que percibe el rendimiento derivado de la actuación, y no el artista o el deportista que la realiza, ya no es aplicable la regla que establece el apartado primero del art. 17 MC OCDE. Al ser una entidad la que recibe dicha remuneración, el rendimiento recibirá la calificación de renta empresarial (art. 7 MC OCDE) y, por lo tanto, con carácter general, sólo tributará en el Estado de residencia, lo que significa, en este caso, que el Estado de la actuación, como Estado de la fuente, no puede reclamar impuesto alguno. Como se puede comprobar, esta fórmula de planificación fiscal responde al modelo de *rule shopping*. En muchos supuestos, es el propio artista o deportista el que constituye la *slave company* que es la que, a su vez, le contrata como empleado y contrata con promotores nacionales sus actuaciones.

Ejemplo: Si un cantante residente en Holanda realiza una actuación en España, dicho cantante tributará en España por la retribución obtenida. Sin embargo, si constituye una sociedad en Holanda, de la cual se hace trabajador en los términos señalados, la retribución la percibirá la sociedad residente en Holanda, que será la que contratará con el promotor español la actuación del artista holandés.

Las medidas adoptadas contra este tipo de estructuras son de dos tipos. En primer lugar, se encuentran las medidas adoptadas unilateralmente por los Estados en su legislación nacional. La normativa de algunos Estados permite a la Administración tributaria del Estado de la actuación “mirar a través” (*look through approach*) de la *slave company* que recibe directamente los pagos del promotor y

someter a imposición a los artistas (o deportistas) como si realmente fueran ellos los que reciben tal renta. En definitiva, estas normas imputan el rendimiento obtenido por la entidad interpuesta al artista o deportista. Por consiguiente, cuando se aplican estas normas se sujeta a tributación al artista o al deportista por los rendimientos obtenidos por la *slave company*.

La compatibilidad de estas normas con los CDIs es una cuestión discutida en la doctrina, toda vez que la aplicación de estas normas internas puede determinar un incumplimiento de los convenios afectados. No obstante, los Comentarios de la OCDE a su Modelo de Convenio parecen admitir la aplicación de este tipo de normas (véase el párrafo 8 de los Comentarios al art. 17 MC OCDE 2003). La legislación española contempla una norma de esta naturaleza. El art. 13.1.b.3) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) establece que se consideran rentas obtenidas en territorio español “*las que deriven directa o indirectamente de la actuación personal en territorio español de artistas y deportistas, o de cualquier otra actividad relacionada con dicha actuación, aun cuando se perciban por persona o entidad distinta del artista o deportista*”. Como se puede comprobar, la normativa española permite la imputación del rendimiento obtenido por la sociedad interpuesta a estos sujetos incluso en los supuestos en los que el artista o deportista no recibe renta alguna por parte de la entidad interpuesta.

La segunda medida contra este tipo de conducta ha consistido en la introducción de una disposición específica en el MC OCDE y en los CDIs que lo siguen. En 1977 se introdujo en el MOCDE el apartado segundo del art. 17, que busca dar respuesta a este tipo de conducta. Según este precepto, “*cuando las rentas derivadas de las actividades ejercidas por un artista o deportista personalmente y en calidad de tal se atribuyen, no al propio artista o deportista, sino a otra persona, estas rentas, no obstante lo dispuesto en los arts. 7, 14 y 15, pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que se realicen las actividades del artista o deportista*”. En virtud de esta norma, el Estado de la actuación puede someter a imposición a la persona jurídica interpuesta en relación con la renta satisfecha por un promotor nacional en contraprestación por la realización de actuaciones artísticas o deportivas. De esta forma, a diferencia del supuesto anterior, en estos casos el sujeto pasivo sería la sociedad y no el artista o deportista. La *slave company* tributaría en el Estado de la fuente por las rentas obtenidas como consecuencia de la actuación en el territorio de dicho Estado del artista o deportista no residente.

Los convenios que incluyen esta disposición específica limitan la realización de

este tipo de *rule shopping*. No obstante, no hay que perder de vista que, en principio, el fin último de esta medida es evitar conductas artificiosas, en las que el propio artista o deportista crea una sociedad con el fin de eludir la tributación en el Estado de la actuación. Puede haber supuestos en los que, a pesar de que la retribución derivada de una actuación deportiva o artística la perciba una entidad, bajo ningún punto de vista puede entenderse que se produzca una actuación fraudulenta. Es más, hay supuestos en los que los artistas o deportistas no se benefician ni directamente ni indirectamente de la remuneración que paga el promotor de la actuación a la sociedad para la que trabaja el artista. Piénsese en un club de fútbol español que percibe una cantidad de dinero por ir a jugar un partido a otro país. En este supuesto, los jugadores del equipo español no perciben ninguna retribución adicional. Simplemente, los jugadores cobran mensualmente del club de fútbol las cantidades establecidas en sus contratos de trabajo. En estos casos, parece que no sería razonable ni imputar esos rendimientos a los jugadores del club, ni tampoco aplicar la regla especial del art. 17.2 del MC OCDE, porque no se aprecia actuación alguna que responda a los parámetros de las normas en materia de fraude a la ley tributaria.

Pues bien, tal como está redactado el art. 17.2 MC OCDE, en estos casos se aplicaría la regla especial. El MC EEUU de 1996 no sigue en este punto el MC OCDE, con el fin de hacer esta norma más flexible en relación con las operaciones que no persiguen eludir tributo alguno. El citado Modelo establece que esta regla especial no se aplicará cuando se acredite que ni el artista o deportista, ni personas vinculados a ellos, se benefician o participan de algún modo de las rentas obtenidas por la entidad interpuesta que contrata sus servicios y organiza sus actuaciones. El convenio de España con EEUU sigue el anterior Modelo de Convenio y establece esta excepción a la aplicación del art. 17.2 del MC OCDE en los términos siguientes:

“Cuando las rentas derivadas de las actividades realizadas por un artista o deportista personalmente y en calidad de tal se atribuyan no al propio artista o deportista, sino a otra persona, dichas rentas pueden, no obstante, las disposiciones del artículo 7 (Beneficios empresariales) y el artículo 15 (Servicios personales independientes), someterse a imposición en el Estado contratante en que se realicen las actividades del artista o deportista a no ser que resulte probado que ni el artista o deportista ni personas vinculadas al mismo participaron directa o indirectamente en los beneficios de esa otra persona en cualquier forma, incluyendo la percepción de remuneraciones diferidas, bonificaciones, honorarios, dividendos, distribuciones de sociedades de personas («partnerships») u otras distribuciones”

Para finalizar, hay que indicar que no todos los convenios celebrados por España contienen una disposición similar a la prevista en el art. 17.2 del MC OCDE. En estos convenios, la vía para impedir estas operaciones de *rule shopping* sería la aplicación de la regla de imputación prevista en la Ley del IRNR. No obstante, hay que destacar que la doctrina ha señalado que, a pesar de que este tipo de medidas parece tener amparo en los Comentarios al MC OCDE, en estos supuestos podría producirse un incumplimiento de lo establecido en el convenio. Es significativo que en esta materia la posición inicial de los Tribunales Económico-administrativos era que en los convenios en los que no se estableciera una disposición similar a la prevista en el art. 17.2 del MC OCDE, no era posible someter a tributación ni al artista (o deportista) ni a la sociedad interpuesta, por los rendimientos derivados de la actuación. No obstante, esta posición parece haber tomado otra dirección a raíz de la resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 8 de septiembre de 2000. No obstante, hay que tener en cuenta que esta resolución ha sido anulada por la Audiencia Nacional en virtud de su sentencia de 3 de octubre de 2002 (recurso 226/2002). En esta sentencia la Audiencia Nacional señala que la disposición contenida en el art. 17.2 del MC OCDE no puede aplicarse al presente caso (se trata del convenio entre España y Holanda que no contiene una disposición similar al apartado segundo del art. 17 MC OCDE 2003) por vía de interpretación, puesto que tal disposición no supone una mera matización de lo establecido en el art. 17 del MC OCDE, sino una expresa cláusula antielusión que introduce una excepción a lo dispuesto en el art. 7 MC OCDE y que no puede ser sobreentendida por uno de los Estados contratantes en los CDIs en que no se encuentra expresamente incluida.

5. BIBLIOGRAFÍA

BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation on Benefits Clauses in U.S. Income Tax Treaties", *Tax Management International Journal*, núm. 12, 2000, pp. 692 a 710.

CALDERÓN CARRERO, J.M., "La tributación de los artistas (y deportistas) no residentes en el marco de los convenios de doble imposición", *Carta Tributaria*, núm. 14, 2001.

DE ARESPACOHAGA, J., *Planificación fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1998, 2ª ed.

DELGADO PACHECO, A., "Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y la fiscalidad internacional", *Documentos IEF*, núm. 15, 2002.

DE LUIS, F., "El derecho a gravar las ganancias de capital", en *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, pp. 279 a 296.

IFA, *Abusive Application of International Tax Agreements*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective" (I y II), *Bulletin of International Fiscal Documentation*, núms. 11 y 12, 2002.

MOLENAAR, D.; GRAMS, H., "Rent-A-Star – The Purpose of Article 17 (2) of the OECD Model", *European Taxation*, núm. 10, 2002, pp. 500 a 509.

PALAO TABOADA, C., "Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria", *Crónica Tributaria*, núm. 98, 2001, pp. 127 a 139.

PISTONE, P., «L' abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale», en UCKMAR, V. (Coord.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 483 a 541.

RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., *Los efectos de la fiscalidad en el marco de los convenios de doble imposición internacional: análisis del caso español*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A.; FERNÁNDEZ PRIETO, A., *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Instituto de Estudios Económicos-P&A Consultores, Madrid, 2003.

ROHATGI, R., *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, La Haya, 2002.

ROSENBLOOM, H., "Tax Treaty Abuse: Policies and Issues", *Law and Policy in International Business*, núm. 15, 1983, pp. 763 a 830.

SANZ GADEA, E., "Medidas antielusión fiscal", *Documentos IEF*, núm. 22, 2001.

SERRANO ANTÓN, F., "La modificación del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las *partnerships*", *Documentos del IEF*, núm. 5, 2002.

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

VEGA BORREGO, F.A., *Las medidas contra el treaty shopping*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

VOGEL, K., "Steuerumgehung bei Doppelbesteuerungsabkommen", en HAARMANN, W., *Grenzen der Gestaltung im Internationalen Steuerrecht*, Otto Schimdt, Colonia, 1994, pp. 79 a 94.

VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997.