Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio

VERSIÓN ABREVIADA

(21 de noviembre de 2017)

Traducido por:

Instituto de Estudios Fiscales

OCDE

Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio

VERSIÓN ABREVIADA

21 DE NOVIEMBRE DE 2017

Esta traducción es publicada fruto del acuerdo con la OCDE. No es una traducción oficial de la OCDE. La calidad de la traducción española es responsabilidad exclusiva del autor de la traducción. En caso de discrepancias entre el texto original y la traducción solo será considerado válido el texto original.

Traducido por:

Instituto de Estudios Fiscales

OCDE
MEJORES POLÍTICAS PARA UNA VIDA MEJOR

Este documento y los mapas que en él se incluyen se entenderán sin perjuicio del estatus o soberanía de los territorios, de las demarcaciones de las fronteras y delimitaciones internacionales y de la denominación de los territorios, ciudades o áreas.

Obra publicada originalmente por la OCDE en inglés con el título:
Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 © 2017 OECD

Fe de erratas a las publicaciones de la OCDE accesibles en línea:
www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm.

Traducido para el Instituto de Estudios Fiscales por:
María Teresa Brea Alonso

© 2019 Instituto de Estudios Fiscales (IEF) para la edición española

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
http://publicacionesoficiales.boe.es/.

ISBN: 978-84-8008-411-6
NIPO: 188-19-026-6
Depósito Legal: M-28217-2019
Imprime: ROAL, S.L. 28031 Madrid

Nota sobre la traducción

Con el fin de evitar el uso abusivo de anglicismos, pero conscientes de la necesidad de identificar inequívocamente en el texto ciertos términos ampliamente utilizados en inglés –por tradición, por su reciente acuñación, o por la inexistencia de un término en español que reproduzca exactamente toda su significación–, se añade a continuación un breve listado de términos y su equivalente en español, al objeto de evitar la inclusión del término en lengua inglesa cada vez que dichos términos aparecen en el texto.

De haber sido traducciones perfectas (porque el trasfondo jurídico, económico o semántico así lo hubiera permitido) ciertos términos no hubieran aparecido seguidos de su referente en lengua inglesa en las ediciones anteriores de este Modelo de Convenio. Su supresión en el texto de esta edición y la inclusión en el listado que sigue no implican modificación alguna sobre su significación en este contexto, ni sobre su correspondencia idéntica o no a los términos ingleses que traducen.

active conduct [of a business]	desempeño [de una actividad económica]
conduit arrangement	estrategias de canalización de rentas mediante sociedades instrumentales
conduit company	sociedad canalizadora de renta
controlled foreign company provisions (CFC)	disposiciones relativas a la transparencia fiscal internacional
know-how	conocimientos prácticos
matching credit	crédito de contrapartida
partnership	sociedad de personas
qualified person	persona apta
REIT (Real Estate Investment Trust)	sociedades de inversión en el mercado inmobiliario
ruling	resolución administrativa, resolución vinculante (El término *ruling*, en su sentido más amplio, engloba todos los actos susceptibles de negociación entre el administrado y la administración con carácter previo al hecho imponible (APVs), así como la interpretación judicial o administrativa de ciertas disposiciones del Derecho. Tiene carácter vinculante. En ocasiones, su significado puede verse limitado a la resolución emitida por un tribunal.)
tax sparing	crédito por impuestos "ahorrados"
treaty shopping	estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros
trust	fideicomiso

PRÓLOGO

Esta es la décima edición de la versión abreviada de la publicación titulada “Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio” publicada por primera vez en 1992 y actualizada periódicamente desde entonces.

Esta versión abreviada incluye el texto del Modelo de Convenio tributario tal como podía leerse el 21 de noviembre de 2017 después de la adopción, por el Consejo de la OCDE, de la décima actualización. Las notas históricas incluidas en el volumen I de la versión íntegra, y los informes que sirven de antecedente y que se incluyen en el volumen II de la versión íntegra no se reproducen en esta versión.

AGRADECIMIENTOS

El Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE desea expresar su gratitud a Jacques Sasseville por su inestimable contribución, durante 20 años, al desarrollo y la publicación de esta y las anteriores ediciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

Índice de contenidos

Introducción 13
Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio 27
Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio 55
Comentarios al artículo 1 57
Comentarios al artículo 2 93
Comentarios al artículo 3 96
Comentarios al artículo 4 107
Comentarios al artículo 5 117
Comentarios al artículo 6 169
Comentarios al artículo 7 172
Comentarios al artículo 8 221
Comentarios al artículo 9 228
Comentarios al artículo 10 233
Comentarios al artículo 11 256
Comentarios al artículo 12 272
Comentarios al artículo 13 292
Comentarios al artículo 14 [Suprimido] 305
Comentarios al artículo 15 306
Comentarios al artículo 16 331
Comentarios al artículo 17 333
Comentarios al artículo 18 344
Comentarios al artículo 19 363
Comentarios al artículo 20 367
Comentarios al artículo 21 368
Comentarios al artículo 22 372
Comentarios a los artículos 23 A y 23 B 375
Comentarios al artículo 24 405
Comentarios al artículo 25 426
Comentarios al artículo 26 480
Comentarios al artículo 27 500
Comentarios al artículo 28 508
Comentarios al artículo 29 510
Comentarios al artículo 30 594
Comentarios a los artículos 31 y 32 595
Posiciones de países no integrados en la OCDE respecto del Modelo de Convenio tributario de la OCDE 597
Anexo. Recomendación del Consejo de la OCDE relativa al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio 641

INTRODUCCIÓN

1. La doble imposición jurídica internacional puede definirse, en términos generales, como el resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de un mismo hecho y en el mismo ejercicio. Son tan conocidos sus perjudiciales efectos para el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales, tecnologías y personas que apenas resulta necesario insistir en la importancia que tiene la eliminación de los obstáculos que la doble imposición supone para la expansión de las relaciones económicas entre los países.

2. Los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos vienen reconociendo desde hace mucho tiempo la conveniencia de aclarar, normalizar y garantizar la situación fiscal de los contribuyentes que efectúan operaciones comerciales, industriales, financieras o de otra naturaleza en otros países mediante la aplicación, por todos ellos, de soluciones comunes en idénticos supuestos de doble imposición. Estos países también vienen reconociendo la necesidad de mejorar la cooperación administrativa en materia tributaria, especialmente a través del intercambio de información y de la asistencia en la recaudación de impuestos, con el fin de evitar la evasión y elusión fiscales.

3. Estos son los propósitos principales del Modelo de Convenio tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, que ofrece los medios para resolver, sobre una base uniforme, los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el campo de la doble imposición jurídica internacional. Conforme a las recomendaciones del Consejo de la OCDE[1], cuando los países miembros firmen nuevos Convenios bilaterales o revisen los existentes, deberán ajustarse a este Modelo de Convenio, tal como lo interpretan los Comentarios al mismo y teniendo en cuenta las reservas que comprende, y sus autoridades fiscales al aplicar e interpretar las disposiciones de los respectivos convenios tributarios bilaterales basados en el Modelo de Convenio, deberán seguir dichos Comentarios, tal como resulten de sus modificaciones periódicas y sujetos a sus respectivas observaciones.

A. Antecedentes históricos

4. La adopción por el Consejo de la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) el 25 de febrero de 1955 de su primera Recomendación relativa a la doble imposición, ya supuso un avance hacia la eliminación de la doble imposición por medio de convenios bilaterales o de medidas unilaterales. En aquel momento el número de convenios bilaterales de carácter general firmados entre los países que actualmente son miembros de la OCDE se elevaba a 70. Esto se debió, en gran medida, a los trabajos comenzados por la Sociedad de Naciones en 1921. Dichas actuaciones condujeron a la confección en 1928 del primer modelo de convenio bilateral y, finalmente, a los Modelos de Convenio de México (1943) y de Londres (1946), en cuyos principios se inspiraron, de una u otra forma, los numerosos convenios bilaterales concluidos o revisados durante la década siguiente. Sin embargo, ninguno de estos

[1] Véase el Anexo.

Modelos recibió una aceptación completa y unánime. Por otra parte, presentaban importantes divergencias y ciertas lagunas respecto de algunas cuestiones esenciales.

5. La interdependencia económica y la cooperación crecientes entre los países miembros de la OECE en el período de la posguerra mostraron, cada vez con más claridad, la importancia de las medidas para evitar la doble imposición internacional. Se reconoció la necesidad de extender la red de convenios bilaterales a todos los países miembros de la OECE, y subsiguientemente de la OCDE, algunos de los cuales habían concluido hasta entonces muy pocos o ningún convenio. Al mismo tiempo, la conveniencia de armonizar estos convenios de acuerdo con principios, definiciones, reglas y métodos uniformes, y de alcanzar un acuerdo sobre una interpretación común se hacían cada vez más deseables.

6. Fue en este nuevo contexto en el que el Comité Fiscal inició sus trabajos en 1956 con el propósito de elaborar un Proyecto de Convenio que resolviera eficazmente los problemas de doble imposición entre los países miembros de la OCDE y que fuera aceptable para todos ellos. Desde 1958 a 1961 el Comité Fiscal preparó cuatro Informes previos antes de presentar en 1963 su informe final, titulado "Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio".[2] El 30 de julio de 1963 el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación sobre la eliminación de la doble imposición y exhortó a los Gobiernos de los países miembros para que siguieran el Proyecto de Convenio al revisar o concluir convenios bilaterales entre ellos.

7. El Comité Fiscal de la OCDE había previsto, al presentar su Informe en 1963, que el Proyecto de Convenio pudiera ser revisado en un momento posterior tras nuevos estudios. Dicha revisión era además necesaria para valorar la experiencia adquirida por los países miembros en la negociación y aplicación de convenios bilaterales, los cambios en los sistemas fiscales de los países miembros, el aumento de las relaciones fiscales internacionales y el desarrollo de nuevos sectores de actividades económicas, así como la aparición de nuevas y complejas formas de organización empresarial a nivel internacional. Por todas esas razones, el Comité Fiscal primero y, a partir de 1971, el Comité de Asuntos Fiscales, su sucesor, abordaron la revisión del Proyecto de Convenio de 1963 y de los Comentarios al mismo. Ello condujo a la publicación en 1977 de un nuevo Modelo de Convenio y Comentarios.[3]

8. Los factores que motivaron la revisión del Proyecto de Convenio de 1963 han continuado ejerciendo su influencia y, en muchos aspectos, la presión para actualizar y adaptar el Modelo de Convenio a unas condiciones económicas cambiantes ha ido acrecentándose. Se desarrollaron nuevas tecnologías y, al mismo tiempo, se produjeron cambios fundamentales en el modo de realizarse las operaciones transfronterizas. Los métodos de elusión y de evasión fiscal se hicieron más sofisticados. El proceso de globalización y liberalización de las economías de la OCDE también se aceleró en la década de 1980. Consecuentemente, el Comité de Asuntos Fiscales –y, en particular, su Grupo de Trabajo n.º 1– continuaron examinando, a partir de 1977, diversas cuestiones directa o indirectamente relacionadas con el Modelo de Convenio de 1977 como parte de su programa de trabajo. Este trabajo fue el origen de diversos informes, algunos de los cuales recomendaban modificaciones en el Modelo de Convenio y en sus Comentarios.[4]

---

[2] *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*, OECD, París, 1963.

[3] *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*, OECD, París, 1977.

[4] Algunos de esos informes fueron publicados y figuran en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio tributario de la OCDE*.

9. En 1991, al constatar que la revisión del Modelo de Convenio y los Comentarios se había convertido en un proceso continuo, el Comité de Asuntos Fiscales adoptó el concepto de un Modelo de Convenio revisable que permite actualizaciones y modificaciones periódicas y puntuales, sin esperar a una revisión completa. Consecuentemente, se decidió publicar una versión revisada del Modelo de Convenio que tuviera en cuenta el trabajo realizado desde 1977 incorporando muchas de las recomendaciones recogidas en los informes mencionados más arriba.

10. Dado que el Modelo de Convenio amplió su área de influencia más allá de los países miembros de la OCDE, el Comité decidió asimismo abrir el proceso de revisión para beneficiarse de las aportaciones de países no miembros, otras organizaciones internacionales y otras partes interesadas. Se consideró que tales contribuciones externas ayudarían al Comité de Asuntos Fiscales en su tarea continua de actualización del Modelo de Convenio para adaptarlo a los cambios en las normas y principios fiscales internacionales.

11. Ello condujo a la publicación, en 1992, del Modelo de Convenio en formato de hojas sueltas. A diferencia del Proyecto de Convenio de 1963 y del Modelo de Convenio de 1977, el Modelo revisado no representaba la culminación de una revisión general sino más bien el primer paso de un proceso continuo de revisión, con actualizaciones periódicas que permitieran garantizar que el Modelo de Convenio continuara reflejando con precisión los puntos de vista de los países miembros en cada momento.

11.1. En 1997, con motivo de una de tales actualizaciones, se incluyeron en un segundo volumen las posiciones de un cierto número de países no miembros, en reconocimiento de la creciente influencia del Modelo de Convenio fuera del ámbito de la OCDE (véase más adelante). Se incluyeron además reediciones de informes anteriores del Comité que habían generado modificaciones en el Modelo de Convenio.

11.2. Desde la publicación en 1992 de la primera versión revisable, el modelo de convenio se ha actualizado en diez ocasiones (en 1994, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2010, 2014 y 2017). La última de estas actualizaciones, aprobada en 2017, incluyó un gran número de cambios resultantes del Proyecto sobre la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios de la OCDE y el G20 y, en particular, de los informes finales sobre las Acciones 2, 6, 7 y 14[5], resultantes de este proyecto.

B. Influencia del Modelo de Convenio de la OCDE

12. Desde 1963 el Modelo de Convenio de la OCDE ha tenido una gran repercusión en la negociación, aplicación e interpretación de los convenios tributarios.

13. En primer lugar, los países miembros de la OCDE han seguido en gran medida el Modelo de Convenio al concluir o revisar convenios bilaterales. El progreso hacia la eliminación de

[5] OCDE (2015): *Neutralizar los Efectos de los Mecanismos Híbridos, Acción 2*-Informe Final, 2015-OECD Publishing, París DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en; OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6*-Informe final 2015, OCDE Publishing, París, DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es OCDE (2016), *Impedir la exclusión fraudulenta del estatus de establecimiento permanente, Acción 7-Informe final 2015*, OCDE Publishing, París, DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257757-es OCDE (2016), *Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias, Acción 14-Informe final 2015*, OCDE Publishing, París, DOI:. *http://dx.doi.org/10.1787/9789264258266-es*.

la doble imposición entre los países miembros puede medirse por el creciente número de convenios concluidos o revisados desde 1957 siguiendo las Recomendaciones del Consejo de la OCDE. Pero la importancia del Modelo de Convenio ha de evaluarse, no solo por el número de convenios concluidos entre países miembros, sino también por el hecho de que, conforme a las Recomendaciones del Consejo de la OCDE, tales convenios adoptan la estructura y, en la mayoría de los casos, las principales disposiciones del Modelo de Convenio. La existencia del Modelo de Convenio ha facilitado las negociaciones bilaterales entre los países miembros de la OCDE y ha hecho posible la deseable armonización de sus convenios bilaterales en beneficio de los contribuyentes y de las administraciones nacionales.

14. En segundo lugar, la influencia ejercida por el Modelo de Convenio excede con creces el ámbito de la OCDE. Se ha utilizado como documento básico de referencia en las negociaciones entre países miembros y no miembros e incluso entre países no miembros, así como en los trabajos de otras organizaciones internacionales mundiales o regionales en el ámbito de la doble imposición y problemas conexos. En particular se ha utilizado como base para la redacción original y posterior revisión del Modelo de Convenio sobre doble imposición entre países desarrollados y países en desarrollo de Naciones Unidas,[6] que reproduce una parte significativa de las disposiciones y los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE. En 1997, en reconocimiento de la creciente influencia del Modelo de Convenio en los países no miembros, se acordó incorporar al Modelo de Convenio las posiciones de algunos de dichos países sobre sus disposiciones y Comentarios.

15. En tercer lugar, el reconocimiento mundial de las disposiciones del Modelo de Convenio y su incorporación a la mayoría de los convenios bilaterales han contribuido a convertir los Comentarios a las disposiciones del Modelo de Convenio en una guía ampliamente aceptada para la interpretación y aplicación de las disposiciones de los convenios bilaterales existentes. Esto ha facilitado la interpretación y la aplicación uniforme de los convenios bilaterales. La importancia de esa guía de aceptación común crece a medida que la red de convenios tributarios sigue ampliándose.

C. Consideraciones de política fiscal relevantes a la hora de decidir la firma de un nuevo convenio o la modificación de un convenio vigente

15.1. En 1997 el Consejo de la OCDE adoptó una recomendación dirigida a los gobiernos de los países miembros incitándoles a proseguir sus esfuerzos por firmar convenios tributarios bilaterales con aquellos países miembros, y cuando fuera oportuno con países no miembros, con los que aún no lo hubieran hecho. Aunque es el Estado quien debe tomar la decisión de celebrar o no un convenio con otro país teniendo en cuenta diversos factores, tanto fiscales como de otra naturaleza, las consideraciones de política fiscal jugarán generalmente un papel fundamental en esa decisión. Los párrafos que siguen describen algunas de estas consideraciones de política fiscal que son relevantes no solo a la hora de decidir si celebrar o no un convenio con un Estado, sino si modificar o reemplazar uno vigente o incluso, como último

[6] *Modelo de Convenio sobre doble imposición entre países desarrollados y países en desarrollo de Naciones Unidas* (*United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, United Nations Publications, New York), Publicaciones de las Naciones Unidas. Nueva York), 1980 1.ª edición, 3.ª edición 2011.

recurso, denunciar un convenio (teniendo en cuenta que la denuncia de un convenio tiene un impacto negativo sobre un gran número de contribuyentes a los que no conciernen las situaciones que han originado la denuncia del convenio).

15.2. Dado que uno de los propósitos principales de los convenios tributarios es evitar la doble imposición para así reducir los obstáculos fiscales a la prestación de servicios, al comercio y la inversión transfronterizos, la existencia de riesgos de doble imposición derivada de la interacción de los sistemas fiscales de los dos Estados intervinientes será una de las principales preocupaciones en términos de política fiscal. Dichos riesgos adquirirán mayor relevancia en los casos en que exista un nivel significativo –real o previsto– de inversión y comercio entre ambos Estados. La mayoría de las disposiciones de los convenios tributarios buscan mitigar la doble imposición a través de la distribución de potestades tributarias entre los dos Estados, partiendo del principio de que si un Estado acepta una disposición del convenio que restringe su derecho a gravar ciertos elementos de renta, generalmente lo hace entendiendo que dichos elementos de renta son gravables en el otro Estado. Cuando en un Estado el impuesto que grava una renta es bajo o nulo, los demás Estados deben valorar si existen riesgos de doble imposición que justifiquen, por sí solos, la existencia de un convenio. Los Estados también deberán tener en cuenta si existen elementos en el sistema tributario de otro Estado que puedan incrementar el riesgo de no imposición, lo que puede incluir ventajas fiscales diseñadas de tal forma que no afecten a la economía interna de ese Estado.

15.3. En consecuencia, dos Estados que se plantean celebrar un convenio deben evaluar hasta qué punto existe realmente un riesgo de doble imposición en las situaciones transfronterizas que involucran a sus residentes. Las disposiciones internas dirigidas a la corrección de la doble imposición (generalmente a través del método de la exención o del crédito) ya son capaces de eliminar un gran número de casos de doble imposición jurídica debida a la imposición combinada por el Estado de residencia y el Estado de fuente sin necesidad de que exista un convenio tributario. Aunque es probable que dichas disposiciones internas cubran la mayoría de los casos de doble imposición jurídica residencia-fuente, no cubrirán todos los casos de doble imposición, sobre todo cuando existan diferencias significativas entre las normas de determinación de la fuente de ambos Estados, o cuando la legislación interna de estos Estados no permita la corrección unilateral de la doble imposición económica (por ejemplo en el caso de un ajuste de precios de transferencia realizado por otro Estado).

15.4. Otra consideración de política fiscal que resulta de relevancia a la hora de celebrar un convenio es el riesgo de una imposición excesiva como consecuencia de unos tipos de retención muy elevados en el Estado de la fuente. Aunque los mecanismos de corrección de la doble imposición garantizarán, con carácter general, que estas elevadas retenciones no generen una doble imposición, en la medida en que el impuesto en el Estado de la fuente sobrepase el impuesto que correspondería en el Estado de la residencia, dicha retención puede tener un efecto perjudicial en la inversión y en el comercio transfronterizo.

15.5. A la hora de celebrar un convenio deben tenerse también en cuenta otras consideraciones fiscales relacionadas con otros elementos de los convenios que incentivan y promueven los lazos económicos entre los países, como la protección prevista en el artículo 24 frente al tratamiento fiscal discriminatorio de una inversión extranjera, la mayor certeza en el tratamiento fiscal de los contribuyentes que tienen derecho a los beneficios del convenio y el

hecho de que los convenios ofrecen mecanismos para la resolución de controversias fiscales internacionales a través del procedimiento amistoso y de la posibilidad de los Estados contratantes de recurrir al arbitraje.

15.6. Al ser la prevención de la elusión y la evasión fiscales un objetivo importante de los convenios tributarios, los Estados deben valorar si sus futuros socios de convenio tienen la voluntad y la capacidad de aplicar efectivamente las disposiciones de los convenios relativas a la asistencia administrativa, como la capacidad de intercambiar información tributaria, pues este es un elemento clave a la hora de decidir si suscribir o no un convenio tributario. La voluntad y la capacidad de un Estado para ofrecer asistencia en la recaudación de impuestos es también un factor relevante que debe tenerse en cuenta. No obstante, debe señalarse que, a falta de un riesgo real de doble imposición, estas disposiciones administrativas no constituirían por sí mismas fundamento suficiente de política fiscal para la existencia un convenio ya que es posible alcanzar dicha asistencia administrativa a través de otros acuerdos más específicos, como un acuerdo de intercambio de información o la participación en la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal[7].

D. Presentación del Modelo de Convenio

Título del Modelo de Convenio

16. Tanto en el Proyecto de Convenio de 1963 como en el Modelo de Convenio de 1977, el título del Modelo de Convenio incluía una referencia a la eliminación de la doble imposición. En 1992 se decidió utilizar un título más corto que no incluye esa referencia atendiendo al hecho de que el Modelo de Convenio no trata exclusivamente de la eliminación de la doble imposición, sino que también contempla otros aspectos tales como la prevención de la evasión y elusión fiscales y la no discriminación. El cambio se reflejó en la cubierta de esta publicación, así como en el propio Modelo de Convenio. Sin embargo, se entendió que la práctica de muchos países miembros continuaba siendo la de incluir en el título una referencia a la eliminación de la doble imposición o a la eliminación de la doble imposición y la prevención de la evasión fiscal pues con ello se destacaban estos importantes propósitos del Convenio.

16.1. Como resultado de los trabajos realizados en el seno del Plan de Acción de la OCDE y el G20 contra la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, en 2014 el Comité decidió modificar el título del Convenio e incluir un preámbulo. A través de los cambios introducidos se reconocía expresamente que los objetivos del Convenio no se circunscriben a la eliminación de la doble imposición y que los Estados contratantes no pretenden que las disposiciones del Convenio generen oportunidades para la no imposición o la imposición reducida a través de la evasión y elusión fiscales. Teniendo en cuenta la preocupación relativa a la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios derivados de las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros se decidió hacer una referencia expresa a este tipo de estrategias como un ejemplo de elusión fiscal que no debe derivarse de los convenios tributarios, entendiéndose que éste era solo un ejemplo más de los supuestos de elusión fiscal que los Estados contratantes desean evitar.

[7] Disponible en www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/48094024.pdf.

16.2. Puesto que el título y el preámbulo forman parte del contexto del Convenio[8] y constituyen una declaración general de los propósitos y fines del Convenio, jugarán un papel importante en la interpretación de las disposiciones del Convenio. De acuerdo con la norma general de interpretación recogida en el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, "[Un] tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

Líneas maestras del Modelo de Convenio

17. El Modelo de Convenio describe, en primer lugar, su ámbito de aplicación (capítulo I) y define algunos términos (capítulo II). La parte principal consiste en los capítulos III a V, que establecen en qué medida cada uno de los dos Estados contratantes puede gravar la renta y el patrimonio y cómo ha de eliminarse la doble imposición jurídica internacional. Siguen las Disposiciones Especiales (capítulo VI) y las Disposiciones Finales (entrada en vigor y denuncia, capítulo VII).

Ámbito de aplicación y definiciones

18. El Convenio se aplica a todas las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes (artículo 1). Trata de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, que se describen con carácter general en el artículo 2. En el capítulo II se definen algunos términos utilizados en más de un artículo del Convenio. Otros términos, tales como "dividendos", "intereses", "cánones" y "bienes inmuebles", se definen en los artículos que tratan estas materias.

Imposición de la renta y del patrimonio

19. Para eliminar la doble imposición, el Convenio establece dos clases de reglas. En primer lugar, los artículos 6 a 21 determinan los respectivos derechos de imposición del Estado de la fuente o de situación y del Estado de residencia respecto de las diferentes categorías de renta, y el artículo 22 hace lo mismo en relación con el patrimonio. Para determinados elementos de renta y de patrimonio se atribuye un derecho exclusivo de imposición a uno de los Estados contratantes, impidiendo así al otro Estado contratante gravar dichos elementos, con lo que se evita la doble imposición. En general, este derecho exclusivo de imposición se otorga al Estado de residencia. En el caso de otros elementos de renta y de patrimonio, el derecho de imposición no es exclusivo. En lo que se refiere a dos tipos de renta (dividendos e intereses), si bien ambos Estados tienen derecho de imposición, se limita la cuantía del impuesto exigible por el Estado de la fuente. En segundo lugar, en la medida en que tales disposiciones confieren al Estado de la fuente o de situación un derecho de imposición, ya sea pleno o limitado, el Estado de residencia deberá permitir una desgravación con el fin de evitar la doble imposición; esta es la finalidad de los artículos 23 A y 23 B. El Convenio deja a los Estados contratantes la elección entre dos métodos de corrección de la doble imposición: el de exención y el de imputación o crédito.

[8] Véase el artículo 31(2) de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*.

20. Las rentas y el patrimonio pueden clasificarse en tres categorías según el régimen aplicable en el Estado de la fuente o de situación:

— rentas y patrimonio que pueden gravarse sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o de situación;

— rentas que pueden someterse a una imposición limitada en el Estado de la fuente, y

— rentas y patrimonio que no pueden someterse a imposición en el Estado de la fuente o de situación.

21. Las categorías de renta y patrimonio que pueden gravarse sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o de situación son las siguientes:

— rentas procedentes de bienes inmuebles situados en dicho Estado (incluyendo las rentas de explotaciones agrícolas o forestales), ganancias de capital derivadas de la enajenación de dichos bienes, y patrimonio que los representa (artículo 6 y apartado 1 de los artículos 13 y 22) así como las ganancias resultantes de la enajenación de acciones cuyo valor proceda en más de un 50 por ciento de dichos bienes (apartado 4 del artículo 13);

— beneficios de los establecimientos permanentes situados en dicho Estado, ganancias derivadas de la enajenación de dichos establecimientos permanentes y patrimonio representado por los bienes muebles que forme parte del activo de dicho establecimiento permanente (artículo 7, y apartado 2 de los artículos 13 y 22); se hace una excepción, sin embargo, si el establecimiento permanente se dedica al transporte marítimo o aéreo internacional (véase el párrafo 23 más adelante);

— rentas de las actividades de artistas y deportistas realizadas en dicho Estado, independientemente de que tales rentas se atribuyan al artista o deportista o a otra persona (artículo 17);

— honorarios de consejeros pagados por una sociedad residente de dicho Estado (artículo 16);

— retribuciones por razón de un trabajo por cuenta ajena en el sector privado realizado en dicho Estado, salvo cuando el empleado permanezca allí durante un período que no exceda de ciento ochenta y tres días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado y se cumplan ciertas condiciones;

— retribuciones y pensiones pagadas por razón de un trabajo por cuenta ajena en el sector público, bajo ciertas condiciones (artículo 19).

22. Las siguientes categorías de renta pueden someterse a una imposición limitada en el Estado de la fuente:

— dividendos: siempre que la participación que genera los dividendos no esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en el Estado de la fuente, ese Estado debe limitar su gravamen al 5 por ciento del importe bruto de los dividendos cuando el beneficiario efectivo sea una sociedad que posea directamente, durante un período de 365 días, al menos el 25 por ciento del capital de la socie-

dad que paga los dividendos, y al 15 por ciento de su importe bruto en otros casos (artículo 10);

— intereses: en las mismas condiciones que para los dividendos, el Estado de la fuente debe limitar su gravamen al 10 por ciento del importe bruto de los intereses, salvo en el caso de intereses que excedan del importe normal (artículo 11).

23. Los restantes elementos de renta o de patrimonio no pueden someterse a imposición en el Estado de la fuente o de situación; como regla general, solo se someten a imposición en el Estado de residencia del contribuyente. Esto es válido, por ejemplo, para los cánones (artículo 12), las ganancias resultantes de la enajenación de acciones y otros valores mobiliarios (apartado 5 del artículo 13), con sujeción a la exención prevista en el apartado 4 del artículo 13), las retribuciones percibidas por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados en el tráfico internacional (apartado 3 del artículo 15), las pensiones del sector privado (artículo 18), las cantidades percibidas por un estudiante para sus estudios o formación práctica (artículo 20) y el patrimonio representado por acciones u otros valores mobiliarios (apartado 4 del artículo 22). De forma similar, los beneficios procedentes de la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional, las ganancias resultantes de la enajenación de dichos buques o aeronaves y el patrimonio que representan estos buques o aeronaves, son gravables exclusivamente en el Estado de residencia (artículo 8 y apartado 3 de los artículos 13 y 22). Los beneficios de actividades económicas no atribuibles a un establecimiento permanente en el Estado de la fuente son igualmente gravables exclusivamente en el Estado de residencia (apartado 1 del artículo 7).

24. Si un residente de un Estado contratante obtiene rentas de fuentes situadas en el otro Estado contratante o posee patrimonio situado en ese otro Estado que, de acuerdo con el Convenio, son gravables exclusivamente en el Estado de residencia, no se plantea un problema de doble imposición, ya que el Estado de la fuente o de situación deberá renunciar al gravamen de dichas rentas o patrimonio.

25. Si, por el contrario, de acuerdo con el Convenio, las rentas o elementos de patrimonio pueden someterse a imposición, de forma limitada o ilimitada, en el Estado de la fuente o de situación, el Estado de residencia está obligado a eliminar la doble imposición mediante uno de los siguientes métodos:

— método de exención: las rentas o el patrimonio gravables en el Estado de la fuente o de situación están exentos en el Estado de residencia, pero pueden tomarse en consideración para determinar el tipo impositivo aplicable a las demás rentas o elementos de patrimonio del contribuyente;

— método de imputación o de crédito: las rentas o el patrimonio gravables en el Estado de la fuente o de situación también están sujetas a imposición en el Estado de residencia, pero el impuesto soportado en el Estado de la fuente o de situación se deducirá del impuesto aplicado por el Estado de residencia respecto de tales rentas o patrimonio.

25.1. De lo anterior se deduce que a lo largo de todo el Convenio la expresión “pueden someterse a imposición en” un Estado contratante significa que ese Estado tiene el derecho de gravar la renta sobre la que se aplica la disposición pertinente y esta expresión no afecta a las

potestades tributarias del otro Estado contratante, excepto mediante la aplicación del artículo 23A o 23B cuando ese otro Estado es el Estado de residencia.

Disposiciones especiales

26. El Convenio contiene varias disposiciones especiales. Dichas disposiciones se refieren a:

- la eliminación de la discriminación tributaria en diversas circunstancias (artículo 24);
- el establecimiento de un procedimiento amistoso para eliminar la doble imposición y resolver conflictos de interpretación del Convenio (artículo 25);
- el intercambio de información entre las autoridades fiscales de los Estados contratantes (artículo 26);
- la asistencia mutua de los Estados contratantes en la recaudación de sus respectivos impuestos (artículo 27);
- el tratamiento fiscal de los miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares con arreglo al derecho internacional (artículo 28);
- el derecho a acogerse a los beneficios del Convenio (artículo 29);
- la extensión territorial del Convenio (artículo 30).

Observaciones generales al Modelo de Convenio

27. En la medida de lo posible, el Modelo de Convenio trata de establecer, una regla única para cada caso. Sin embargo, respecto de determinados aspectos, se consideró que era necesario permitir cierta flexibilidad, compatible con una aplicación eficiente del Modelo de Convenio. Por tanto, los países miembros disfrutan de una cierta libertad, por ejemplo, en lo que respecta a la determinación de los tipos impositivos en la fuente sobre los dividendos e intereses y la elección del método para eliminar la doble imposición. Además, los Comentarios contienen cláusulas alternativas o adicionales para algunos supuestos.

Comentarios a los artículos

28. Para cada uno de los artículos del Convenio se formulan Comentarios detallados con el fin de ilustrar o interpretar sus disposiciones.

29. Dado que los Comentarios han sido redactados y acordados por los expertos que representan a las administraciones de los países miembros en el Comité de Asuntos Fiscales, son de especial importancia para el desarrollo del derecho fiscal internacional. Si bien los Comentarios no están diseñados para incluirse como anexos a los convenios firmados por los países miembros que, a diferencia del Modelo, son instrumentos jurídicos vinculantes de carácter internacional, pueden, no obstante, ser de gran ayuda en la aplicación e interpretación de los convenios y, en particular, en la resolución de controversias.

29.1. Las Administraciones tributarias de los países miembros consultan regularmente los Comentarios para interpretar los convenios tributarios bilaterales. Dichos Comentarios son útiles tanto para decidir los detalles de los temas del día a día como para resolver cuestiones

de mayor calado relativas a las políticas y objetivos que subyacen en las diversas disposiciones. Las Administraciones tributarias conceden una gran importancia a las directrices dadas en los Comentarios.

29.2. De forma similar, los contribuyentes utilizan ampliamente los Comentarios en el ejercicio de sus actividades económicas y en la planificación de sus operaciones e inversiones. Los Comentarios tienen especial importancia en los países que carecen de un procedimiento que permita obtener de la Administración tributaria una resolución administrativa respecto de ciertas cuestiones tributarias, ya que dichos Comentarios pueden llegar a constituir en este caso la única fuente disponible de interpretación.

29.3. Asimismo, los tribunales prestan cada vez más atención a los convenios tributarios bilaterales y recurren cada vez más los Comentarios para emitir sus fallos. La información recabada por el Comité de Asuntos Fiscales demuestra que se ha hecho referencia a los Comentarios en las sentencias de los tribunales de la gran mayoría de los países miembros. En muchos fallos se citan y analizan ampliamente los Comentarios, y con frecuencia han desempeñado un papel clave en las deliberaciones de los jueces. El Comité espera que esta tendencia prosiga ya que la red de convenios tributarios continúa creciendo y la aceptación de los Comentarios como fuente importante de referencia continúa creciendo.

30. En algunos casos, se han incorporado observaciones a los Comentarios a petición de países miembros que no han podido adherirse a la interpretación dada en los mismos al artículo correspondiente. Estas observaciones no suponen, por lo tanto, desacuerdo con el texto del Convenio, si bien proporcionan una indicación útil en cuanto a la forma en que dichos países aplican las disposiciones del artículo de que se trate. Puesto que dichas observaciones se refieren a las interpretaciones de los artículos contenidas en los Comentarios, no es necesaria ninguna otra observación que indique el deseo de un país de alterar la redacción de una disposición complementaria o alternativa que los propios comentarios permitan incluir en los convenios bilaterales.

Reservas de determinados países miembros a algunas disposiciones del Convenio

31. Aun cuando todos los países miembros están de acuerdo con los objetivos y disposiciones esenciales del Modelo de Convenio, casi todos han formulado reservas en relación con algunas de sus disposiciones que figuran en los Comentarios a los correspondientes artículos. No ha habido necesidad de que los países formulen reservas indicando su intención de utilizar las disposiciones complementarias o alternativas que, según los Comentarios, puedan incluirse en los convenios bilaterales, ni de modificar la redacción de una disposición del Modelo para confirmar o incorporar una interpretación de esa disposición propuesta por los Comentarios. Ha de entenderse que, en la medida en que la reserva la plantea un cierto país miembro, los restantes Estados miembros, al negociar convenios bilaterales con aquel, conservan su libertad de acción de acuerdo con el principio de reciprocidad.

32. El Comité de Asuntos Fiscales considera que estas reservas deben de considerarse en el contexto de los muy amplios acuerdos alcanzados al redactar este Convenio.

Relación con las versiones anteriores

33. Al redactar el Modelo de Convenio de 1977, el Comité de Asuntos Fiscales examinó el problema de los conflictos de interpretación que pudieran surgir a raíz de los cambios efec-

tuados en los artículos y Comentarios del Proyecto de Convenio de 1963. En aquel momento el Comité consideró que, en la medida de lo posible, los convenios existentes debían interpretarse conforme al espíritu de los nuevos Comentarios, aunque las disposiciones de tales convenios no recogieran todavía los términos más precisos del Modelo de Convenio de 1977. También se indicó que los países miembros que desearan clarificar su posición a este respecto podrían hacerlo mediante un intercambio de cartas entre las autoridades competentes conforme al procedimiento amistoso y que, incluso en ausencia de tal intercambio de cartas, dichas autoridades podrían utilizar el procedimiento amistoso para confirmar esta interpretación en casos particulares.

34. El Comité considera que los cambios efectuados desde 1977 en los artículos del Modelo de Convenio y en los Comentarios deben interpretarse de la misma forma.

35. No hace falta decir que las modificaciones de los artículos del Modelo de Convenio y los cambios en los Comentarios que resultan de dichas modificaciones serán irrelevantes para interpretar o aplicar convenios concluidos con anterioridad cuando las disposiciones de aquellos difieran sustancialmente de los artículos revisados (véase, por ejemplo, el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 5). Sin embargo, otros cambios o adiciones a los Comentarios serán normalmente pertinentes para la interpretación y aplicación de los convenios concluidos antes de su adopción, ya que responden al consenso de los países miembros de la OCDE en cuanto a la interpretación correcta de las disposiciones existentes y su aplicación a determinados supuestos.

36. Si bien el Comité considera que los cambios efectuados en los Comentarios deben tenerse en cuenta al interpretar y aplicar convenios concluidos antes de su adopción, rechaza cualquier forma de interpretación *a contrario sensu* según la cual, ante una modificación de un artículo del Modelo o de sus Comentarios se deduce necesariamente que la redacción previa generaba consecuencias diferentes a las resultantes de la redacción modificada. Muchos cambios pretenden simplemente aclarar, –y no modificar–, el sentido de los artículos o de los Comentarios y dicha interpretación *a contrario sensu* sería claramente errónea en tales casos.

36.1. Las Administraciones tributarias de los países miembros siguen los principios generales enunciados en los cuatro párrafos anteriores a este. Por consiguiente, el Comité de Asuntos Fiscales estima que los contribuyentes pueden también considerar útil la consulta de versiones posteriores de los Comentarios para interpretar convenios anteriores.

Convenio multilateral

37. Al preparar el Proyecto del Convenio de 1963 y el Modelo de Convenio de 1977, el Comité de Asuntos Fiscales consideró si sería posible concluir un convenio tributario multilateral y llegó a la conclusión de que la tarea encontraría grandes dificultades. Reconoció, sin embargo, que sería factible para ciertos grupos de países miembros considerar la posibilidad de concluir convenios multilaterales entre ellos tomando como pauta el Modelo de Convenio, sin perjuicio de las adaptaciones que pudiesen estimar necesarias para sus fines particulares.

38. El Convenio Nórdico sobre la Renta y el Patrimonio entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, concluido en 1983 y revisado en 1987, 1989 y 1996[9], constituye un

[9] Las Islas Feroe son también signatarias de los Convenios de 1989 y 1996.

ejemplo práctico de dichos Convenios Multilaterales entre un grupo de países miembros y sigue de cerca las disposiciones del Modelo de Convenio.

39. Hay que destacar también el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal redactado por el Consejo de Europa sobre la base de un primer proyecto preparado por el Comité de Asuntos Fiscales. Dicho Convenio entró en vigor el 1 de abril de 1995. Otro convenio multilateral que debe mencionarse es el Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los convenios fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, que se creó con la intención de facilitar la aplicación de las medidas relacionadas con los convenios resultantes del Proyecto de la OCDE y el G20 sobre erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, que quedó abierto para la firma el 31 de diciembre de 2016.

40. A pesar de estos convenios multilaterales, no hay razones para pensar que en este momento fuera viable la conclusión de un convenio tributario multilateral en el que participaran un gran número de países que pudiera reemplazar la actual red de convenios tributarios bilaterales. Por tanto, el Comité considera que los convenios bilaterales siguen siendo el medio más adecuado para procurar la eliminación de la doble imposición a nivel internacional.

Elusión y evasión fiscal: uso indebido de los convenios

41. Desde la publicación del Proyecto de Convenio de 1963, el uso indebido de los convenios y la evasión y elusión fiscales han sido una preocupación constante para el Comité de Asuntos Fiscales. Durante estos años, y con el fin de abordar diversas formas de elusión y evasión fiscales, se han modificado algunas de las disposiciones del Modelo de Convenio, y otras se han añadido (como el artículo 29, incluido en 2017). El Comité de Asuntos Fiscales continuará controlando la aplicación de los convenios tributarios a fin de garantizar, como indica el preámbulo del Convenio, que sus disposiciones no se utilizan con fines de elusión o evasión fiscales.

MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO

Índice del Convenio

TÍTULO Y PREÁMBULO

Capítulo I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1. Personas comprendidas
Artículo 2. Impuestos comprendidos

Capítulo II

DEFINICIONES

Artículo 3. Definiciones generales
Artículo 4. Residente
Artículo 5. Establecimiento permanente

Capítulo III

IMPOSICIÓN DE LAS RENTAS

Artículo 6. Rentas inmobiliarias
Artículo 7. Beneficios de actividades económicas
Artículo 8. Transporte internacional marítimo y aéreo
Artículo 9. Empresas asociadas
Artículo 10. Dividendos
Artículo 11. Intereses
Artículo 12. Cánones
Artículo 13. Ganancias de capital
Artículo 14. [Suprimido]
Artículo 15. Renta del trabajo por cuenta ajena
Artículo 16. Honorarios de consejeros
Artículo 17. Artistas y deportistas
Artículo 18. Pensiones
Artículo 19. Función pública
Artículo 20. Estudiantes
Artículo 21. Otras rentas

Capítulo IV

IMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO

Artículo 22. Patrimonio

Capítulo V

MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Artículo 23 A. Método de exención
Artículo 23 B. Método de imputación o de crédito fiscal

Capítulo VI

DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 24. No discriminación
Artículo 25. Procedimiento amistoso
Artículo 26. Intercambio de información
Artículo 27. Asistencia en la recaudación de impuestos
Artículo 28. Miembros de misiones diplomáticas y de oficinas consulares
Artículo 29. Derecho a los beneficios del Convenio
Artículo 30. Extensión territorial

Capítulo VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 31. Entrada en vigor
Artículo 32. Denuncia

TÍTULO DEL CONVENIO

Convenio entre (Estado A) y (Estado B) para la eliminación de la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para la prevención de la elusión y evasión fiscales

PREÁMBULO DEL CONVENIO

(Estado A) y (Estado B),

Con el deseo de seguir desarrollando sus relaciones económicas y de reforzar su cooperación en materia tributaria,

Con la intención de concluir un Convenio para eliminar la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio sin generar oportunidades de no imposición o de imposición reducida mediante evasión o elusión fiscales (incluidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros),

Han acordado lo siguiente:

Capítulo I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

PERSONAS COMPRENDIDAS

1. El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes.

2. A los efectos de este Convenio, la renta obtenida por una entidad u otro instrumento considerados total o parcialmente transparentes a efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cualquiera de los Estados contratantes, o que se obtenga a través de ellos, se considerará renta de un residente de un Estado contratante, pero únicamente en la medida en que dicha renta se trate, a los efectos de la imposición por ese Estado, como renta de un residente del mismo.

3. El presente Convenio no afecta a las potestades tributarias de los Estados contratantes respecto de sus residentes, excepto por lo que respecta a los beneficios concedidos en virtud del apartado 3 del artículo 7, el apartado 2 del artículo 9 y los artículos 19, 20, 23[A][B], 24, 25 y 28.

Artículo 2

IMPUESTOS COMPRENDIDOS

1. El presente Convenio se aplica a los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio exigibles por cada uno de los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, cualquiera que sea el sistema de exacción.

2. Se consideran Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, los impuestos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas, así como los impuestos sobre las plusvalías.

3. Los impuestos actuales a los que se aplica el Convenio son, en particular:

a) (en el Estado A): .....

b) (en el Estado B): .....

4. El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente similar que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo, y que se añadan a los actuales o los sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán mutuamente las modificaciones significativas que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales.

Capítulo II

DEFINICIONES

Artículo 3

DEFINICIONES GENERALES

1. A los efectos de este Convenio, a menos que el contexto lo determine de otro modo:

   a) el término "persona" comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas;

   b) el término "sociedad" significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos;

   c) el término "empresa" se aplica al ejercicio de toda actividad económica;

   d) los términos "empresa de un Estado contratante" y "empresa del otro Estado contratante" significan, respectivamente, una empresa explotada por un residente de un Estado contratante y una empresa explotada por un residente del otro Estado contratante;

   e) el término "tráfico internacional" significa todo transporte efectuado por un buque o aeronave, salvo cuando el buque o aeronave se exploten únicamente entre puntos situados en un Estado contratante y la empresa que explota el buque o aeronave no sea una empresa de ese Estado;

   f) el término "autoridad competente" significa:

      (*i*) (en el Estado A): .....

      (*ii*) (en el Estado B): .....

   g) el término "nacional", en relación con un Estado contratante, significa:

      (*i*) toda persona física que tenga la nacionalidad o ciudadanía de ese Estado contratante; y

      (*ii*) toda persona jurídica, sociedad de personas o asociación cuya condición como tal se ajuste a la legislación vigente en ese Estado contratante.

   h) el término "actividad económica" incluye la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente;

   i) el término "fondo de pensiones reconocido" de un Estado significa una entidad o un instrumento establecidos en ese Estado, a los que la legislación fiscal de ese Estado dote de personalidad independiente, y:

      (*i*) que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas y que esté regulado como tal por ese Estado o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales; o

(*ii*) que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para invertir fondos en beneficio de las entidades o instrumentos a los que se refiere el subapartado (*i*) anterior.

2 Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, cualquier término no definido en el mismo tendrá, a menos que el contexto lo determine de otro modo o que las autoridades competentes acuerden un significado distinto conforme a lo dispuesto en el artículo 25, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del derecho de ese Estado.

Artículo 4

RESIDENTE

1. A los efectos de este Convenio, el término "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, e incluye también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales, así como los fondos de pensiones reconocidos de ese Estado. Sin embargo, este término no incluye 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) se la considerará residente exclusivamente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados, se la considerará residente exclusivamente 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 la considerará residente exclusivamente del Estado donde viva habitualmente;

c) si viviera habitualmente en ambos Estados, o no lo hiciera en ninguno de ellos, se la considerará residente exclusivamente 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 mediante un acuerdo amistoso.

3. Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por determinar mediante acuerdo amistoso, el Estado contratante del que deba considerarse residente a dicha persona a los efectos del Convenio, teniendo en cuenta su sede de dirección efectiva, su lugar de constitución o de

creación por otros procedimientos, así como cualquier otro factor pertinente. En ausencia de tal acuerdo, esa persona no podrá acogerse a las reducciones o exenciones fiscales previstas en este convenio, salvo en la forma y medida que puedan acordar las autoridades competentes de los Estados contratantes.

Artículo 5

ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

1. A efectos de este Convenio, el término "establecimiento permanente" significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

2. El término "establecimiento permanente" comprende, en particular:

a) las sedes de dirección;

b) las sucursales;

c) las oficinas;

d) las fábricas;

e) los talleres; y

f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

3. Una obra o un proyecto de construcción o instalación solo constituyen un establecimiento permanente si su duración excede de doce meses.

4. No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, se considera que el término "establecimiento permanente" no incluye:

a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;

b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;

c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa;

d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa;

e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad;

f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados *a)* a *e)*,

a condición de que dicha actividad o, en el caso del subapartado *f)* el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios, tenga carácter auxiliar o preparatorio.

4.1. El apartado 4 no se aplicará a un lugar fijo de negocios que una empresa utilice o mantenga si dicha empresa u otra estrechamente vinculada desarrollan actividades económicas en el mismo lugar o en otro en el mismo Estado contratante, y

a) alguno de esos lugares es un establecimiento permanente de la empresa o de la empresa estrechamente vinculada conforme a lo dispuesto en este artículo, o

b) el conjunto de la actividad resultante de la combinación de actividades desarrolladas por las dos empresas en el mismo lugar, o por la misma empresa o la empresa estrechamente vinculada en los dos emplazamientos, no tiene carácter preparatorio o auxiliar,

a condición de que las actividades económicas desarrolladas por las dos empresas en el mismo lugar, o por la misma empresa o la empresa estrechamente vinculada en los dos emplazamientos, sean funciones complementarias que forman parte de una actividad cohesionada.

5. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero con sujeción a lo dispuesto en el apartado 6, cuando una persona opere en un Estado contratante por cuenta de una empresa y, al hacerlo, concluya habitualmente contratos, o desempeñe habitualmente el papel principal conducente a la celebración de contratos, que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte, y dichos contratos se celebren:

a) en nombre de la empresa, o

b) para la transmisión de la propiedad o para la cesión del uso, de un bien del que sea propietaria la empresa o cuyo derecho de uso tenga, o

c) para la prestación de servicios por esa empresa,

se considerará que dicha empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que esa persona realice para la empresa, excepto si las actividades de esa persona se limitan a las mencionadas en el apartado 4 que, de realizarse a través de un lugar fijo de negocios (distinto de un lugar fijo de negocios al que fuera aplicable el apartado 4.1), no hubieran determinado que ese lugar fijo de negocios se considerara como un establecimiento permanente en virtud de lo dispuesto en ese apartado.

6. El apartado 5 no se aplicará cuando la persona que opera en un Estado contratante por cuenta de una empresa del otro Estado contratante realice una actividad económica en el Estado mencionado en primer lugar como agente independiente e intervenga por la empresa en el curso ordinario de esa actividad. Sin embargo, cuando una persona intervenga exclusiva o casi exclusivamente por cuenta de una o más empresas a las que esté estrechamente vinculada, no se la considerará como un agente independiente en el sentido de este apartado en relación con cualquiera de dichas empresas.

7. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle una sociedad residente del otro Estado contratante, o esté controlada por esta, o de que realice actividades económicas en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otro modo), no convierte por sí solo a ninguna de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

8. A los efectos de este artículo, una persona o una empresa están estrechamente vinculadas a una empresa si, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, una tiene

el control sobre la otra o ambas están bajo el control de las mismas personas o empresas. En todo caso, se considerará que una persona o una empresa están estrechamente vinculadas a una empresa si una de ellas tiene, directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento del total del derecho de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de los derechos de participación en el capital de la sociedad) o si una tercera persona o empresa tiene, directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento del total del derecho de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de los derechos de participación en el capital de la sociedad) de la persona y la empresa o de las dos empresas.

Capítulo III

IMPOSICIÓN DE LAS RENTAS

Artículo 6

RENTAS INMOBILIARIAS

1. Las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga de bienes inmuebles (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) situados en el otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. El término "bienes inmuebles" tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado contratante en que los bienes estén situados. Dicho término comprende en todo caso los bienes accesorios a los bienes inmuebles, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes raíces, el usufructo de bienes inmuebles y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por la explotación, o la cesión de la explotación, de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales; los buques y aeronaves no tendrán la consideración de bienes inmuebles.

3. Las disposiciones del apartado 1 son aplicables a las rentas derivadas de la utilización directa, el arrendamiento o aparcería, así como de cualquier otra forma de explotación de los bienes inmuebles.

4 Las disposiciones de los apartados 1 y 3 se aplican igualmente a las rentas derivadas de los bienes inmuebles de una empresa.

Artículo 7

BENEFICIOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante serán gravables exclusivamente en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de

dicha manera, los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios atribuibles al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, en particular en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.

3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, por consiguiente, grave beneficios de la empresa que ya ha gravado el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste que proceda en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para determinar dicho ajuste.

4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.

Artículo 8

TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO Y AÉREO

1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional serán gravables exclusivamente en ese Estado.

2. Las disposiciones del apartado 1 son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio o agrupación de empresas, en una explotación en común o en un organismo de explotación internacional.

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 acordarían empresas

independientes, los beneficios que hubiera obtenido una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han generado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y, por consiguiente, someterse a imposición.

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y, por consiguiente, grave– los de una empresa del otro Estado que ya ha gravado ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son los que hubiera obtenido la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que hubieran acordado empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste que proceda en la cuantía del impuesto aplicado sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones de este Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.

Artículo 10

DIVIDENDOS

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado conforme a su legislación, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del:

a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos durante un período de 365 días que comprenda el día de pago de los dividendos (para calcular dicho período no se tendrán en cuenta los cambios en la propiedad que pudieran derivarse directamente de una reestructuración empresarial, tales como una fusión o escisión, de la sociedad que posee las acciones o que paga los dividendos);

b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán el modo de aplicación de estos límites de común acuerdo. Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos.

3. El término “dividendos”, en el sentido de este artículo, significa los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de los bonos de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos derivados de otras participaciones societarias sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, siendo residente de un Estado contratante, realiza una actividad económica en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, por

medio de un establecimiento permanente situado allí, y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7.

5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o que la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.

Artículo 11

INTERESES

1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, los intereses procedentes de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado, conforme a su legislación, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por ciento del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán el modo de aplicación de ese límite de común acuerdo.

3. El término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos u obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los intereses, siendo residente de un Estado contratante, realiza una actividad económica en el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, por medio de un establecimiento permanente situado allí, y el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7.

5. Los intereses se considerarán procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses y que soporte la carga de los mismos, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente.

6. Cuando por razón de relaciones especiales que el deudor y el beneficiario efectivo mantengan entre sí, o de las que ambos 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 beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no

se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso será gravable de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

Artículo 12

CÁNONES

1. Los cánones procedentes de un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado contratante serán gravables exclusivamente en ese otro Estado.

2. El término "cánones", en el sentido de este artículo, significa los pagos de cualquier clase percibidos como contraprestación por el uso, o por la cesión del uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico.

3. Las disposiciones del apartado 1 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los cánones, siendo residente de un Estado contratante, realiza una actividad económica en el otro Estado contratante, del que proceden los cánones, por medio de un establecimiento permanente situado allí, y el derecho o bien por el que se pagan los cánones está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7.

4. Cuando por razón de relaciones especiales que el deudor y el beneficiario efectivo mantengan entre sí o de las que ambos mantengan con terceros, el importe de los cánones, habida cuenta del uso, cesión de derechos o información por los que se pagan, exceda del que hubieran convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso será gravable de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

Artículo 13

GANANCIAS DE CAPITAL

1. Las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga de la enajenación de los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 6, situados en el otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de dicho establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

3. Las ganancias que obtenga una empresa de un Estado contratante que explote buques o aeronaves en el tráfico internacional de la enajenación de dichos buques o aeronaves, o de

bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves, serán gravables exclusivamente en ese Estado.

4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de acciones o participaciones análogas, como la participación en una sociedad de personas o en un fideicomiso, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante si, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, el valor de dichas acciones o participaciones análogas procede en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, de bienes inmuebles, tal como se definen en el artículo 6, situados en ese otro Estado.

5. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4 serán gravables exclusivamente en el Estado contratante en que resida el transmitente.

[Artículo 14. **RENTA DE LOS SERVICIOS PERSONALES INDEPENDIENTES**]

[Suprimido.]

Artículo 15

RENTA DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salarios y otras retribuciones análogas obtenidos por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo por cuenta ajena serán gravables exclusivamente en ese Estado, salvo si el empleo se ejerce en el otro Estado contratante. De ser así, las retribuciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las retribuciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo por cuenta ajena ejercido en el otro Estado contratante serán gravables exclusivamente en el Estado mencionado en primer lugar cuando:

a) el perceptor permanezca en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado, y

b) el pagador, o aquel por cuenta de quien se paguen las retribuciones, sea un empleador no residente del otro Estado, y

c) las retribuciones no corran a cargo de un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado.

3. No obstante las disposiciones precedentes de este artículo, las retribuciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados en el tráfico internacional como miembro de la tripulación habitual del buque o aeronave, serán gravables exclusivamente en el Estado mencionado en primer lugar, excepto cuando el buque o aeronave se exploten únicamente entre puntos situados en el otro Estado contratante.

Artículo 16

HONORARIOS DE CONSEJEROS

Los honorarios como consejero y otras retribuciones análogas que un residente de un Estado contratante obtenga como miembro de un consejo de administración de una sociedad residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

Artículo 17

ARTISTAS Y DEPORTISTAS

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 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, tal como actor de teatro, cine, radio o televisión o como músico, o en calidad de deportista, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 15, cuando las rentas derivadas de las actividades realizadas por un artista o deportista en esa calidad, no se atribuyan al propio artista o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden someterse a imposición en el Estado contratante donde se realicen las actividades del artista o deportista.

Artículo 18

PENSIONES

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19, las pensiones y otras retribuciones análogas pagadas a un residente de un Estado contratante por razón de un empleo anterior serán gravables exclusivamente en ese Estado.

Artículo 19

FUNCIÓN PÚBLICA

1. *a)* Los sueldos, salarios y otras retribuciones análogas pagadas por un Estado contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales a una persona física por los servicios prestados a ese Estado, subdivisión o entidad, serán gravables exclusivamente en ese Estado.

   b) Sin embargo, dichos sueldos, salarios y retribuciones análogas serán gravables exclusivamente en el otro Estado contratante cuando los servicios se presten en ese Estado y la persona física sea un residente de ese Estado:

   (i) que sea nacional de ese Estado, o

   (ii) que no haya adquirido la condición de residente de ese Estado solamente para prestar los servicios.

2. *a)* No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las pensiones y otras retribuciones análogas pagadas a una persona física por un Estado contratante, una de sus subdivi-

siones políticas o entidades locales, bien directamente o con cargo a fondos constituidos, por los servicios prestados a ese Estado, subdivisión o entidad, serán gravables exclusivamente en ese Estado.

b) Sin embargo, dichas pensiones y otras retribuciones análogas serán gravables exclusivamente en el otro Estado contratante cuando la persona física sea residente y nacional de ese Estado.

3. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 se aplica a los sueldos, salarios, pensiones y otras retribuciones análogas, pagados por los servicios prestados en relación con una actividad económica realizada por un Estado contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales.

Artículo 20

ESTUDIANTES

Las cantidades que reciba para cubrir su mantenimiento, estudios o formación un estudiante o una persona en prácticas que sea, o haya sido inmediatamente antes de llegar a un Estado contratante, residente del otro Estado contratante y que se encuentre en el Estado mencionado en primer lugar con el único fin de proseguir sus estudios o formación, no se someterán a imposición en ese Estado, siempre que procedan de fuentes situadas fuera de ese Estado.

Artículo 21

OTRAS RENTAS

1. Las rentas de un residente de un Estado contratante, con independencia de su procedencia, no mencionadas en los anteriores artículos de este Convenio serán gravables exclusivamente en ese Estado.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no es aplicable a las rentas, distintas de las derivadas de bienes inmuebles en el sentido del apartado 2 del artículo 6, cuando el perceptor de dichas rentas, siendo residente de un Estado contratante, realice en el otro Estado contratante una actividad económica por medio de un establecimiento permanente situado en ese otro Estado y el derecho o bien por el que se pagan las rentas esté vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7.

Capítulo IV

IMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO

Artículo 22

PATRIMONIO

1. El patrimonio constituido por bienes inmuebles, en el sentido del artículo 6, del que sea propietario un residente de un Estado contratante y que esté situado en el otro Estado contratante puede someterse a imposición en ese otro Estado.

2. El patrimonio constituido por bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante puede someterse a imposición en ese otro Estado.

3. El patrimonio de una sociedad de un Estado contratante que explote buques o aeronaves en el tráfico internacional, constituido por dichos buques o aeronaves, y por bienes muebles afectos a la explotación de los buques o aeronaves, serán gravables exclusivamente en ese Estado.

4. Todos los demás elementos de patrimonio de un residente de un Estado contratante serán gravables exclusivamente en ese Estado.

Capítulo V

MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Artículo 23 A

MÉTODO DE EXENCIÓN

1. Cuando un residente de un Estado contratante perciba rentas o sea propietario de elementos de patrimonio que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante (salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado o porque el patrimonio sea también patrimonio propiedad de un residente de ese Estado), el Estado mencionado en primer lugar dejará exentas dichas rentas o elementos de patrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3.

2. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga elementos de renta que, conforme a las disposiciones de los artículos 10 y 11, puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante (salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado), el Estado mencionado en primer lugar admitirá la deducción en el impuesto sobre la renta de ese residente de un importe igual al impuesto pagado en ese otro Estado. Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto, calculado antes de la deducción, correspondiente a dichos elementos de renta obtenidos en ese otro Estado.

3. Cuando, conforme a las disposiciones del Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante, o el patrimonio del que sea propietario, estén exentos de imposición en ese Estado, dicho Estado podrá no obstante tener en cuenta, a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de dicho residente, las rentas o el patrimonio exentos.

4. Lo dispuesto en el apartado 1 no es aplicable a la renta que perciba o al patrimonio del que sea propietario un residente de un Estado contratante cuando el otro Estado contratante aplique las disposiciones de este Convenio para exonerar de imposición tales rentas o patrimonio, o cuando aplique lo dispuesto en el apartado 2 de los artículos 10 u 11 a dichas rentas.

Artículo 23 B

MÉTODO DE IMPUTACIÓN O DE CRÉDITO FISCAL

1. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o sea propietario de patrimonio que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante (salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado o porque el patrimonio sea también patrimonio propiedad de un residente de ese Estado), el Estado mencionado en primer lugar permitirá:

a) la deducción en el impuesto sobre la renta de ese residente de un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en ese otro Estado;

b) la deducción en el impuesto sobre el patrimonio de ese residente de un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en ese otro Estado.

Sin embargo, dicha deducción, en uno y otro caso, no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas o al patrimonio que puedan someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Cuando, de conformidad con cualquier disposición del Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante, o el patrimonio del que sea propietario, estén exentos de imposición en ese Estado, dicho Estado podrá no obstante tener en cuenta, a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de dicho residente, las rentas o el patrimonio exentos.

Capítulo VI

DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 24

NO DISCRIMINACIÓN

1. Los nacionales de un Estado contratante no estarán sujetos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del artículo 1, la presente disposición se aplica también a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.

2. Los apátridas residentes de un Estado contratante no estarán sujetos en ninguno de los Estados contratantes a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.

3. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no estarán sujetos a imposición en ese otro Estado de manera

menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

4. 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 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. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.

5. Las empresas de un Estado contratante cuyo capital sea propiedad o esté bajo el control, total o parcialmente, directa o indirectamente, de uno o varios residentes del otro Estado contratante, no estarán sujetas en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sujetas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar.

6. No obstante lo dispuesto en el artículo 2, las disposiciones del presente artículo se aplican a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación.

Artículo 25

PROCEDIMIENTO AMISTOSO

1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición no acorde con las disposiciones de este Convenio podrá, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, someter su caso a la autoridad competente de cualquiera de los Estados contratantes. El caso deberá plantearse dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio.

2. La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si no puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver el caso mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición no acorde al Convenio. El acuerdo que se alcance será aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes.

3. Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver las dificultades o las dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio mediante un acuerdo amistoso. También podrán consultarse para eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

4 A fin de llegar a un acuerdo en el sentido de los apartados anteriores, las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán comunicarse directamente, incluso en el seno de una comisión mixta integrada por ellas mismas o sus representantes.

5. Cuando,

a) en virtud del apartado 1 una persona haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición no acorde con las disposiciones de este Convenio, y

b) las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver el caso conforme a lo dispuesto en el apartado 2 en el plazo de dos años contados desde la fecha en la que ambas autoridades competentes hayan recibido toda la información requerida para abordarlo,

toda cuestión no resuelta relacionada con ese caso se someterá a arbitraje si la persona así lo solicita por escrito. Sin embargo, este sometimiento a arbitraje no podrá realizarse cuando un órgano jurisdiccional o administrativo de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones. A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión arbitral, dicha decisión será vinculante para ambos Estados y se aplicará independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes. Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán el modo de aplicación de este apartado de común acuerdo.

Artículo 26

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en este Convenio o para administrar o hacer cumplir lo dispuesto por el derecho interno respecto de los impuestos de cualquier 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. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 se mantendrá en secreto al igual que la información obtenida conforme a la legislación interna de ese Estado y solo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los órganos jurisdiccionales y administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos referentes a tales impuestos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades solo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. No obstante lo anterior, la información recibida por un Estado contratante podrá utilizarse para otros fines cuando, conforme al Derecho de ambos Estados pueda utilizarse para dichos otros fines y la autoridad competente del Estado emisor autorice dicho uso.

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 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 mercantil, empresarial, industrial, comercial o profesional, o un procedimiento relacionado con una actividad económica, o información cuya comunicación sea contraria al orden público.

4. Cuando un Estado contratante solicite información conforme al presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun 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, pero en ningún caso los Estados contratantes podrán interpretar tales limitaciones en el sentido de permitirles negarse a proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma.

5. 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 esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados, o porque esa información esté relacionada con la participación en el capital de una persona.

Artículo 27

ASISTENCIA EN LA RECAUDACIÓN DE IMPUESTOS[1]

1. Los Estados contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios. Esta asistencia no vendrá limitada por los artículos 1 y 2. Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán determinar el modo de aplicación de este artículo de común acuerdo.

2. El término "crédito tributario" en el sentido de este artículo, significa un importe debido en relación con los impuestos de cualquier naturaleza o denominación exigidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, en la medida en que esta imposición no sea contraria a este Convenio o a cualquier otro instrumento del que los Estados contratantes sean parte, y comprende asimismo los intereses, las sanciones administrativas y los costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe.

3. Cuando un crédito tributario de un Estado contratante sea exigible en virtud de la legislación de ese Estado y el deudor sea una persona que conforme a la legislación de ese

[1] En algunos países la legislación interna, o ciertas razones de índole política o administrativa, pueden impedir o no justificar la asistencia prevista en este artículo o pueden requerir que este tipo de asistencia esté restringida, por ejemplo, a los países con regímenes fiscales o administraciones tributarias similares, o a los impuestos comprendidos en el convenio. Por tal motivo, el artículo deberá incluirse únicamente en aquellos Convenios en los que cada Estado concluya que, basándose en los factores descritos en el párrafo 1 de los Comentarios al artículo, pueden acordar la prestación de asistencia en la recaudación de los impuestos exigidos por el otro Estado.

Estado no pueda impedir en ese momento su recaudación, a petición de las autoridades competentes de ese Estado, las autoridades competentes del otro Estado contratante aceptarán dicho crédito tributario a los fines de su recaudación. Dicho otro Estado recaudará el crédito tributario de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos como si se tratara de un crédito tributario propio.

4. Cuando un crédito tributario de un Estado contratante sea de naturaleza tal que ese Estado pueda, en virtud de su legislación interna, adoptar medidas cautelares que aseguren su recaudación, a petición de las autoridades competentes de dicho Estado, las autoridades competentes del otro Estado contratante aceptarán dicho crédito tributario a los fines de adoptar tales medidas cautelares. Ese otro Estado adoptará las medidas cautelares de acuerdo con lo dispuesto en su legislación como si se tratara de un crédito tributario propio, aun cuando en el momento de la aplicación de dichas medidas el crédito tributario no fuera exigible en el Estado mencionado en primer lugar o su deudor fuera una persona con derecho a impedir su recaudación.

5. No obstante lo dispuesto en los apartados 3 y 4, un crédito tributario aceptado por un Estado contratante a los efectos de dichos apartados, no estará sujeto en ese Estado a la prescripción o prelación aplicables a los créditos tributarios conforme a su legislación interna por razón de su naturaleza. Asimismo, un crédito tributario aceptado por un Estado contratante a los efectos de los apartados 3 o 4 no disfrutará en ese Estado de las prelaciones aplicables a los créditos tributarios en virtud de la legislación del otro Estado contratante.

6. Los procedimientos relativos a la existencia, validez o cuantía del crédito tributario de un Estado contratante no podrán incoarse ante los órganos jurisdiccionales o administrativos del otro Estado contratante.

7. Cuando en un momento posterior a la solicitud de recaudación realizada por un Estado contratante en virtud de los apartados 3 o 4, y previo a su recaudación y remisión por el otro Estado contratante, el crédito tributario dejara de ser,

a) en el caso de una solicitud presentada en virtud del apartado 3, un crédito del Estado contratante mencionado en primer lugar, exigible conforme a su legislación y cuyo deudor sea una persona que, en ese momento, y según la legislación de ese Estado, no pudiera impedir su recaudación, o

b) en el caso de una solicitud presentada en virtud del apartado 4, un crédito del Estado contratante mencionado en primer lugar, respecto del que ese Estado, conforme a su legislación, pueda adoptar medidas cautelares para asegurar su recaudación,

las autoridades competentes del Estado mencionado en primer lugar notificarán sin dilación a las autoridades competentes del otro Estado ese hecho y, según decida ese otro Estado, el Estado mencionado en primer lugar suspenderá o retirará su solicitud.

8. Las disposiciones de este artículo no podrán interpretarse en ningún caso en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o su práctica administrativa o a las del otro Estado contratante;

b) adoptar medidas contrarias al orden público;

c) prestar asistencia si el otro Estado contratante no ha aplicado todas las medidas cautelares o para la recaudación, según sea el caso, que sean razonables y de las que disponga conforme a su legislación o práctica administrativa;

d) prestar asistencia en aquellos casos en que la carga administrativa para ese Estado esté claramente desproporcionada con respecto al beneficio que vaya a obtener el otro Estado contratante.

Artículo 28

MIEMBROS DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y DE OFICINAS CONSULARES

Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los privilegios fiscales conferidos a los miembros de las misiones diplomáticas o de las oficinas consulares conforme a los principios generales del derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos especiales.

Artículo 29

DERECHO A LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO[2]

1. [Disposición que, con sujeción a lo previsto en los apartados 3 a 5, deniegue los beneficios del convenio a los residentes de un Estado contratante que no sean "personas aptas" conforme a la definición dada en el apartado 2.]

2. [Definición de las situaciones en las que un residente es una "persona apta", que comprenda:

— a las personas físicas;

— los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas, sus organismos y agencias;

— ciertas entidades y sociedades cotizadas;

— ciertas filiales de entidades y sociedades cotizadas;

— ciertas organizaciones sin ánimo de lucro y fondos de pensiones reconocidos;

— otras entidades que cumplan determinados criterios de propiedad y sobre no erosión de bases imponibles;

— ciertas instituciones de inversión colectiva.]

[2] La redacción de este artículo variará en función de cómo los Estados contratantes decidan instrumentar su intención común, de la que quedó constancia en el preámbulo del Convenio y que se incorporó al estándar mínimo acordado como parte del Proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, de eliminar la doble imposición sin que ello genere oportunidades para la no imposición o la imposición reducida a través de la evasión o elusión fiscales, comprendidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros. Esto puede llevarse a cabo bien mediante la adopción de únicamente el apartado 9, o mediante la adopción de la versión detallada de los apartados 1 a 7 descritos en los Comentarios al artículo 29, complementada con una disposición que impida las estrategias de canalización de rentas mediante sociedades instrumentales, como se describe en el apartado 187 de los Comentarios, o mediante la adopción del apartado 9 junto con variantes de los apartados 1 a 7 recogidas en los Comentarios al artículo 29.

3. [Disposición que otorgue los beneficios del convenio a ciertas rentas obtenidas por una persona no apta cuando dicha persona desempeñe una actividad económica en su Estado de residencia y la renta proceda de esa actividad o sea incidental a la misma.]

4. [Disposición que otorgue los beneficios del convenio a una persona no apta, cuando los propietarios de esa entidad, al menos en un porcentaje superior al acordado, sean personas que pueden acogerse a beneficios equivalentes.]

5. [Disposición que otorgue los beneficios del convenio a una persona que reúna los requisitos para ser considerada como "sede central".]

6. [Disposición que permita a la autoridad competente de un Estado contratante conceder ciertos beneficios del convenio a una persona a la que, de otro modo, se le denegarían de acuerdo con el apartado1.]

7. [Definiciones aplicables a efectos de los apartados 1 a 7.]

8. *a*) Cuando:

(*i*) una empresa de un Estado contratante obtenga rentas procedentes del otro Estado contratante y el Estado mencionado en primer lugar considere dichas rentas como rentas atribuibles a un establecimiento permanente que la empresa tenga en un tercer Estado, y

(*ii*) los beneficios atribuibles a dicho establecimiento permanente estén exentos de imposición en el Estado mencionado en primer lugar,

los beneficios del presente Convenio no se aplicarán a ningún elemento de renta sobre el que el impuesto exigido en ese tercer Estado sea inferior al [porcentaje que se determinará bilateralmente] del importe de dicho elemento de renta y del 60 por ciento del impuesto que hubiera exigido el Estado mencionado en primer lugar sobre ese elemento de renta si el establecimiento permanente estuviera situado en él. En tal caso, toda renta a la que sean aplicables las disposiciones de este apartado será gravable conforme a la legislación interna del otro Estado, con independencia de las restantes disposiciones del Convenio.

b) Las disposiciones previas de este apartado no serán aplicables si la renta procedente del otro Estado se deriva del desempeño de una actividad económica, a través del establecimiento permanente, o es incidental a ella, (distinta de la actividad de inversión, gestión o mera tenencia de inversiones por cuenta de la empresa, a menos que se trate de una actividad de banca, de seguros o de valores efectuada por un banco, una entidad aseguradora o un agente de valores registrado, respectivamente).

c) En caso de que los beneficios del presente Convenio se denieguen en virtud de las disposiciones anteriores de este apartado respecto de un elemento de renta obtenido por un residente de un Estado contratante, la autoridad competente del otro Estado contratante podrá, no obstante, conceder dichos beneficios en relación con ese elemento de renta si, en respuesta a una solicitud planteada por ese residente, dicha autoridad competente determina que la concesión de los beneficios está justificada a la vista de las razones por las que dicho residente no cumplió los requisitos de este apartado (tales como la existencia de pérdidas). La autoridad competente del Estado

contratante a la que se dirija la solicitud mencionada en la frase anterior consultará con la autoridad competente del otro Estado contratante antes de aceptar o denegar la petición.

9. No obstante las restantes disposiciones del presente Convenio, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el instrumento o la operación que directa o indirectamente generan el derecho a percibir ese beneficio tienen entre sus propósitos principales la obtención del mismo, a menos que se determine que la concesión del beneficio en tales circunstancias es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes de este Convenio.

Artículo 30

EXTENSIÓN TERRITORIAL[3]

1. La aplicación de este Convenio podrá hacerse extensiva, en su forma actual o con las modificaciones necesarias, [a cualquier parte del territorio de (Estado A) o del (Estado B) que esté específicamente excluida del ámbito de aplicación del Convenio o] a cualquier otro Estado o territorio de los que (el Estado A) o (el Estado B) asuma las relaciones internacionales, que aplique impuestos de carácter análogo a aquellos a los que se aplica el Convenio. Dicha extensión surtirá efectos a partir de la fecha, y con las modificaciones y condiciones, incluidas las relativas a la cesación de su aplicación, que fijen de común acuerdo los Estados contratantes mediante el intercambio de notas diplomáticas o por cualquier otro procedimiento que se ajuste a sus normas constitucionales.

2. A menos que los dos Estados contratantes convengan lo contrario, la denuncia del Convenio por uno de ellos, en virtud del artículo 32, pondrá término, en las condiciones previstas en este artículo, a la aplicación del Convenio [a cualquier parte del territorio del (Estado A) o del (Estado B) o] a cualquier Estado o territorio a los que se haya hecho extensiva, de acuerdo con este artículo.

Capítulo VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 31

ENTRADA EN VIGOR

1. El presente Convenio será ratificado, y los instrumentos de ratificación se intercambiarán en ....., lo antes posible.

[3] Las palabras entre corchetes tienen relevancia en los casos en que, en virtud de una disposición específica, el Convenio no sea aplicable a una parte del territorio de un Estado contratante.

2. El Convenio entrará en vigor a partir del intercambio de los instrumentos de ratificación y sus disposiciones se aplicarán:

a) (en el Estado A): .....

b) (en el Estado B): .....

Artículo 32

DENUNCIA

El presente Convenio permanecerá en vigor hasta su denuncia por uno de los Estados contratantes. Cualquiera de los Estados contratantes puede denunciar el Convenio por vía diplomática, comunicándolo por escrito con al menos seis meses de antelación a la terminación de cualquier año civil posterior al año ..... En tal caso, el Convenio dejará de aplicarse:

a) (en el Estado A): .....

b) (en el Estado B): .....

CLÁUSULA FINAL[4]

[4] La cláusula final relativa a la firma se redactará conforme a las normas constitucionales de los Estados contratantes.

COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DEL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 1
RELATIVO AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Apartado 1

1. Si bien muchos de los convenios suscritos en la primera mitad del siglo XX se aplicaban a los "ciudadanos" de los Estados contratantes, los convenios concluidos con posterioridad se aplican normalmente a los "residentes" de uno o de ambos Estados contratantes, independientemente de la nacionalidad, circunstancia que queda plasmada en el apartado 1. El término "residente" se define en el artículo 4. El hecho de que una persona sea residente de un Estado contratante no significa, sin embargo, que tenga derecho automáticamente a obtener los beneficios del Convenio, dado que varias disposiciones del mismo, y entre ellas las del artículo 29, pueden denegar total o parcialmente la obtención de tales beneficios.

Apartado 2

2. Este apartado aborda la situación de las rentas de entidades o instrumentos que uno de los Estados contratantes, o ambos, tratan como total o parcialmente transparentes a efectos fiscales. Las disposiciones de este apartado garantizan que la renta de estas entidades o instrumentos se trata, a los fines del Convenio, conforme a los principios expuestos en el informe de 1999 del Comité de Asuntos Fiscales titulado "La aplicación del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE a las sociedades de personas"[1]. El Informe ofrece por tanto pautas y ejemplos sobre cómo deben interpretarse y aplicarse las disposiciones en diversas situaciones.

3. El informe, sin embargo, versa exclusivamente sobre sociedades de personas y aun reconociendo que muchos de los principios incluidos en el mismo pueden aplicarse también a otras entidades no constituidas en sociedad, el Comité expresó su intención de analizar la aplicación del Modelo de Convenio a estas otras entidades a más largo plazo. Como se señala en el párrafo 37 del informe, el Comité estuvo interesado sobre todo en "aquellos casos en los que la legislación interna crea situaciones intermedias en las que la sociedad de personas se trata en parte como sujeto pasivo del impuesto y en parte como transparente a efectos fiscales". Según el informe:

> Aunque esto pueda generar dificultades prácticas respecto de un número de sociedades de personas muy limitado, supone un problema mayor en el caso de otras entidades tales como los fideicomisos. Esta es la razón por la que el Comité ha decidido abordar la cuestión en el marco de los trabajos de seguimiento que se acometerán respecto de este informe.

4. El apartado 2 analiza esta situación concreta haciendo referencia a las entidades que son "total o parcialmente" consideradas como fiscalmente transparentes. Por tanto, este apartado permite no solamente confirmar las conclusiones del Informe sobre las Sociedades de Personas, sino que también extiende el campo de aplicación de estas conclusiones a situaciones que no estaban directamente cubiertas por el Informe (con sujeción a la aplicación de disposiciones específicas relativas a las instituciones de inversión colectiva, véanse los párrafos 22 a 48 más adelante).

---

[1] Informe reproducido en el Volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio tributario de la OCDE*, en la página R(15)-1.

5. Este apartado garantiza no solo que los beneficios derivados del Convenio se otorgan en los casos apropiados sino también que tales beneficios no se conceden cuando ninguno de los Estados contratantes, con arreglo a su legislación interna, trata la renta de una entidad o de un instrumento, como renta de uno de sus residentes. El apartado, por tanto, confirma las conclusiones del informe en estos casos (véase, por ejemplo, el ejemplo 3 del Informe). Del mismo modo, como reconoce el Informe, no debe esperarse que los Estados concedan los beneficios de un convenio bilateral en aquellos casos en los que no puedan verificar si una persona tiene realmente derecho a obtenerlos. Así, si una entidad está establecida en una jurisdicción de la que un Estado contratante no pueda obtener información tributaria, será preciso que ese Estado disponga de toda la información necesaria para poder conceder los beneficios del Convenio. En tal caso, el Estado contratante podrá decidir recurrir al mecanismo de devolución para así conceder los beneficios del Convenio, aunque en circunstancias normales aplique esos beneficios en el momento del pago de la renta en cuestión. Sin embargo, en la mayoría de los casos, lo normal será poder obtener la información necesaria y aplicar los beneficios del Convenio en el momento de gravar la renta (véanse por ejemplo los párrafos 43 a 45 más adelante en los que se examina una cuestión similar en el contexto de las instituciones de inversión colectiva).

6. El siguiente ejemplo ilustra la aplicación de este apartado:

> Ejemplo: los Estados A y B han concluido un convenio idéntico al Modelo de Convenio. El Estado A considera que una entidad constituida en el Estado B es una sociedad de capital y la somete a imposición respecto de los intereses que percibe de un deudor residente del Estado A. Sin embargo, conforme a su legislación interna, el Estado B la considera una sociedad de personas y somete a imposición a los dos socios de la entidad, que poseen a partes iguales todo su capital, por los intereses percibidos. Uno de los socios es residente del Estado B y el otro es residente de un país con el que los Estados A y B no tienen convenio. Este apartado determina que, en tal caso, la mitad de los intereses debe considerarse, a efectos del artículo 11, renta de un residente del Estado B.

7. La expresión "renta obtenida por una entidad u otro instrumento [...] o que se obtenga a través de ellos" tiene un significado amplio y comprende toda renta que perciba una entidad u otro instrumento, o por su intermediación, independientemente de la posición adoptada por cada Estado contratante respecto de la identidad del beneficiario de dicha renta a los fines fiscales nacionales e independientemente de si la entidad o el instrumento tienen personalidad jurídica o responden a la definición de persona del artículo 3, apartado 1, subapartado *a*). Esta expresión comprende, por ejemplo, la renta de toda sociedad de personas o fideicomiso que uno o ambos Estados contratantes considere como total o parcialmente transparente. Del mismo modo, como aclara el ejemplo 2 del informe, no importa el lugar en el que se establezcan dicha entidad o instrumento: el apartado se aplica a una entidad establecida en un tercer Estado en la medida en que, conforme a la normativa fiscal interna de uno de los Estados contratantes, la entidad tenga la consideración de total o parcialmente transparente y la renta de dicha entidad se atribuya a un residente de ese Estado.

8. El término "renta" debe entenderse en el sentido amplio que le atribuye el Convenio y designa por tanto los distintos elementos de renta que abarca el Capítulo III del Convenio (Imposición de las Rentas), incluyendo, por ejemplo, los beneficios de una empresa y las ganancias de capital.

9. El concepto de transparencia fiscal utilizado en este apartado designa las situaciones en las que, conforme a la legislación interna de un Estado contratante, la renta (o una parte

de la renta) de la entidad o del instrumento no se somete a imposición al nivel de la entidad o instrumento, sino al de las personas que tienen una participación en ellos. Este será normalmente el caso cuando el cálculo del impuesto correspondiente a una parte de la renta de una entidad o instrumento se realice teniendo en cuenta las características propias de la persona que tiene derecho a esa parte de la renta, de forma que el impuesto dependerá de si esa persona está sujeta o no a imposición, de las restantes rentas que perciba, de las deducciones y desgravaciones personales a las que tenga derecho y del tipo impositivo aplicable a esa persona. Igualmente, la naturaleza, la fuente y la fecha de devengo de la renta a efectos fiscales no se verán afectados por el hecho de que se haya percibido a través de una entidad u otro instrumento. El hecho de que la renta se calcule a nivel de la entidad o del instrumento antes de que la parte se asigne a la persona no tendrá efecto sobre el resultado[2]. Los Estados que deseen precisar el concepto de transparencia fiscal en sus convenios bilaterales tienen libertad para incluir una definición del término basada en las explicaciones anteriores.

10. En el caso de una entidad o instrumento que la legislación interna de uno de los Estados contratantes considere parcialmente transparentes, solo una parte de la renta de la entidad o del instrumento podrá someterse a imposición a nivel de las personas que tengan una participación en ellos como se describe en el párrafo anterior, mientras que el resto de la renta será gravable a nivel de la entidad o del instrumento. Así es, por ejemplo, cómo algunos países tratan ciertos fideicomisos y sociedades comanditarias (los beneficiarios tributan por la parte de la renta que se les distribuye procedente de un fideicomiso, mientras que el fideicomiso o los fiduciarios tributan por la parte de la renta no distribuida; de forma similar, en algunos países, el socio colectivo tributa por la parte que le corresponde de la renta obtenida a través de una sociedad comanditaria simple, mientras que la renta correspondiente a los socios comanditarios se considera renta de la sociedad comanditaria). En la medida en que la entidad o el instrumento cumplan las condiciones para ser considerados residentes de un Estado contratante, el apartado garantiza que los beneficios del convenio se aplicarán también a la parte de la renta que se atribuye a la entidad o al instrumento conforme a la legislación interna de ese Estado (a reserva de las posibles disposiciones antiabuso, como las cláusulas para la limitación de beneficios).

11. Como ocurre con otras disposiciones del Convenio, esta disposición se aplica separadamente para cada elemento de renta de la entidad o del instrumento. Supongamos, por ejemplo, que el documento por el que se crea un fideicomiso prevé que todos los dividendos percibidos por el fideicomiso deben distribuirse a un beneficiario mientras viva, pero acumularse tras su fallecimiento. Si uno de los Estados contratantes considera que, en ese caso, el beneficiario está sujeto a imposición por razón de los dividendos que percibe, pero que los fiduciarios están sujetos por los dividendos que van a acumularse, el apartado se aplicará de forma distinta a estas dos categorías de dividendos aun cuando ambos tipos de dividendos se perciban en el mismo mes.

12. Al disponer que la renta a la que se aplica se considerará renta de un residente de un Estado contratante a los efectos del Convenio, el apartado garantiza que la renta pertinente se atribuye a ese residente a los fines de la aplicación de las distintas reglas de atribución del Convenio. En función de la naturaleza de la renta, esto permitirá por tanto considerarla, por

[2] Véanse los párrafos 37 a 40 del "Informe sobre Sociedades de Personas", reproducido en el Volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio tributario de la OCDE*, en la página R-(15)-1.

ejemplo, como “renta obtenida por” a los efectos de los artículos 6, 13 y 17, “beneficios de una empresa” a los efectos de los artículos 7, 8 y 9 (véase también el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 3) o dividendos o intereses “pagados a” a los efectos de los artículos 10 y 11. El hecho de que la renta se considere percibida por un residente de un Estado contratante a los efectos del Convenio significa también que cuando la renta constituya una fracción de la renta de una empresa en la que el residente tiene una participación, dicha renta se considerará renta de una empresa explotada por ese residente (por ejemplo a los efectos de la definición de “empresa de un Estado contratante” en el artículo 3, y del apartado 2 del artículo 21).

13. Aun cuando el apartado garantiza que las distintas reglas de atribución previstas en el Convenio se aplican en la medida en que la legislación interna trate las rentas obtenidas por entidades fiscalmente transparentes como renta de un residente de un Estado contratante, no prejuzga la cuestión de saber si el perceptor es su beneficiario efectivo. Cuando, por ejemplo, una sociedad de personas fiscalmente transparente percibe dividendos en calidad de representante o agente designado para una persona que no es socia, el hecho de que el dividendo pueda ser considerado como renta de un residente de un Estado contratante por la legislación interna de ese Estado no impide al Estado de la fuente considerar que ni la sociedad de personas ni los socios son los beneficiarios efectivos de los dividendos.

14. Este apartado se aplica exclusivamente a los fines del Convenio y, por tanto, no obliga a los Estados contratantes a cambiar el modo en el que atribuyen las rentas ni califica a las entidades a los efectos de su legislación interna. En el ejemplo del párrafo 6 anterior, aunque el apartado 2 determina que la mitad de los intereses debe considerarse, a los efectos del artículo 11, como renta de un residente del Estado B, esto concierne únicamente al impuesto máximo que el Estado A pueda aplicar sobre los intereses y no modifica el hecho de que el impuesto exigible por el Estado A será por cuenta de la entidad. Por tanto, suponiendo que la legislación interna del Estado A prevé una retención del 30 por ciento sobre los intereses, la aplicación del apartado 2 tendrá el único efecto de reducir el importe del impuesto que el Estado A recaudará sobre los intereses (de forma que la mitad de los intereses serán gravados al tipo del 30 por ciento y la otra mitad al 10 por ciento, según el convenio entre los Estados A y B) y no modificará el hecho de que la entidad es el sujeto pasivo del impuesto a los fines de la legislación interna del Estado A. Igualmente, esta disposición no trata de forma exhaustiva todas las cuestiones relacionadas con el convenio que pueden resultar de la naturaleza jurídica de ciertas entidades y de ciertos instrumentos, por lo que puede tener que complementarse con otras disposiciones que las aborden (como una disposición mediante la que se confirme que un fideicomiso puede calificarse como residente de un Estado contratante a pesar del hecho de que según el derecho fiduciario de muchos países, los fideicomisos no tienen la consideración de “persona”).

15. Como confirma el apartado 3 del artículo, el apartado 2 no restringe en modo alguno el derecho de un Estado a gravar a sus propios residentes. Esta conclusión es coherente con la interpretación que se ha venido dando a los convenios fiscales en relación con las sociedades de personas, (véase el párrafo 6.1 de este Comentario en su redacción posterior a 2000, y antes de la inclusión del párrafo 3 en 2017).

16. Sin embargo, los apartados 2 y 3 no restringen la obligación impuesta a los Estados contratantes de eliminar la doble imposición en virtud de los artículos 23 A y 23 B cuando la renta de un residente de ese Estado pueda ser gravada en el otro Estado de acuerdo con lo

dispuesto en el Convenio. No obstante, en ciertos casos la misma renta se grava en cada uno de los Estados contratantes como renta de uno de sus residentes por lo que se hará necesario eliminar la doble imposición en relación con un impuesto pagado por una persona diferente. Cuando, por ejemplo, uno de los Estados contratantes grave la renta mundial de una entidad residente de ese Estado mientras que el otro Estado la considera fiscalmente transparente y, por tanto, someta a imposición a los socios de esa entidad que son residentes de ese otro Estado por razón de la parte de la renta que les corresponda, la eliminación de la doble imposición deberá tener en cuenta el impuesto pagado por contribuyentes distintos en los dos Estados. En tal caso, no obstante, será importante determinar, conforme a los artículos 23 A y 23 B, la medida en la que las rentas de un residente de un Estado contratante "pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante [conforme a las disposiciones de este Convenio] (salvo en la medida en que estas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque esa renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado [...])". En general, la consecuencia derivada de esta exigencia será que un Estado deberá eliminar la doble imposición únicamente en la medida en que las disposiciones del Convenio permitan al otro Estado gravar las rentas en cuestión en tanto que Estado de la fuente o como Estado en el que se encuentra un establecimiento permanente al que pueda atribuirse la renta (véanse los párrafos 11.1 y 11.2 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B).

Apartado 3

17. Aunque algunas disposiciones del Convenio (por ejemplo, los artículos 23 A y 23 B) atañen claramente al modo en que un Estado contratante somete a imposición a sus propios residentes, la mayoría de las disposiciones del Convenio tienen por objeto restringir el derecho de un Estado contratante a someter a imposición a los residentes del otro Estado contratante. En un cierto número de casos se ha afirmado sin embargo que algunas disposiciones podrán interpretarse como limitativas del derecho de un Estado contratante a gravar a sus propios residentes en casos en los que no era este el efecto buscado (véase por ejemplo el párrafo 81 más adelante, que trata las disposiciones relativas a la transparencia fiscal internacional).

18. El apartado 3 confirma el principio general según el que el Convenio no restringe el derecho de un Estado contratante a someter a imposición a sus propios residentes excepto cuando sea ese el objeto que se persigue y enumera las disposiciones respecto de las que este principio no se aplica.

19. Las excepciones así enumeradas tienen la intención de abarcar todos los casos en los que el Convenio prevé que un Estado contratante tenga que conceder los beneficios del convenio a sus propios residentes (con independencia de que la legislación interna de ese Estado prevea o no beneficios similares). Estas disposiciones son:

— El apartado 3 del artículo 7, que exige que un Estado contratante conceda a una empresa de ese Estado un ajuste correlativo tras un ajuste inicial realizado por el otro Estado contratante, conforme al apartado 2 del artículo 7, en la cuantía del impuesto aplicado sobre los beneficios de un establecimiento permanente de la empresa.

— El apartado 2 del artículo 9, que exige que un Estado contratante conceda a una empresa de ese Estado un ajuste correlativo tras un ajuste inicial realizado por el

otro Estado contratante, conforme al apartado 1 del artículo 9, en la cuantía del impuesto aplicado sobre los beneficios de una empresa asociada.

— El artículo 19, que puede afectar al modo en que un Estado contratante somete a imposición a una persona física residente de ese Estado si dicha persona percibe rentas por razón de servicios prestados al otro Estado contratante o a una de sus subdivisiones políticas o entidades locales.

— El artículo 20, que puede afectar al modo en que un Estado contratante somete a imposición a una persona física residente de ese Estado si dicha persona es también un estudiante que cumple las condiciones previstas en ese artículo.

— Los artículos 23 A y 23 B, que requieren a un Estado contratante eliminar la doble imposición a la que puedan estar sujetos sus residentes en relación con las rentas que el otro Estado pueda someter a imposición de conformidad con el Convenio (incluyendo los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en el otro Estado contratante conforme al apartado 2 del artículo 7).

— El artículo 24, que protege a los residentes de un Estado contratante contra ciertas prácticas de discriminación fiscal aplicadas por ese Estado (como las reglas que discriminan entre personas por razón de nacionalidad).

— El artículo 25, que permite a los residentes de un Estado contratante solicitar a las autoridades competentes de ese Estado que analicen casos de imposición no acorde con el Convenio.

— El artículo 28, que puede afectar al modo en que los Estados contratantes someten a imposición a una persona física que es residente de ese Estado cuando esa persona sea miembro de una misión diplomática u oficina consular del otro Estado contratante.

20. La lista de excepciones incluidas en el apartado 3 deberá comprender toda otra disposición que los Estados contratantes puedan acordar incluir en su convenio bilateral cuando la intención sea que tal disposición afecte a la forma en que un Estado contratante somete a imposición a sus propios residentes. Por ejemplo, si los Estados contratantes acuerdan incluir en su convenio bilateral, de conformidad con el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 18, una disposición según la que las pensiones y otros pagos efectuados en virtud de la legislación relativa a la seguridad social de un Estado contratante serán gravables exclusivamente en ese Estado, deberán incluir una referencia a esa disposición en la lista de excepciones incluida en el apartado 3. Las disposiciones opcionales contenidas en los párrafos 23, 30, 37, 38 y 68 de los Comentarios al artículo 18 son también ejemplos de lo anterior dado que estas disposiciones generan beneficios cuya finalidad es, normalmente, concederse a personas físicas que participaron en un sistema de previsión para la jubilación extranjero antes de convertirse en residentes de un Estado contratante.

21. El término “residente”, tal como se utiliza en el apartado 3 y en todo el Convenio, se define en el artículo 4. Cuando en virtud del apartado 1 del artículo 4 se considera que una persona es residente de ambos Estados contratantes conforme a la legislación interna de dichos Estados, los apartados 2 y 3 de dicho artículo permiten, por lo general, determinar un único Estado de residencia a los efectos del Convenio. Por tanto, el apartado 3 no se aplica a

una persona física o jurídica residente de uno de los Estados contratantes de acuerdo con la legislación interna de dicho Estado, sino a aquellas personas a las que, a efectos del Convenio, se las considera residentes únicamente del otro Estado contratante.

Cuestiones transfronterizas relativas a las instituciones de inversión colectiva

22. La mayoría de los países han abordado los problemas fiscales internos resultantes del hecho de que grupos de pequeños inversores pongan en común sus fondos en instituciones de inversión colectiva (IIC). En general, el objetivo de estos sistemas es el de lograr neutralidad entre las inversiones directas y las inversiones realizadas a través de una IIC. Si bien estos sistemas suelen lograr su objetivo cuando los inversores, la IIC y la inversión están situados en el mismo país, es frecuente que surjan complicaciones cuando una o más de esas partes, o las inversiones, están situadas en países distintos. Estas complicaciones se analizan en el Informe elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales titulado "The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles"[3], cuyas principales conclusiones se han incorporado a continuación. A los efectos del Informe y los de este análisis, la expresión "Institución de inversión colectiva" se limita a los fondos cuya titularidad es muy amplia, que constan de una cartera de valores diversificada y que están sujetos a la normativa para la protección de los inversores vigente en el país en el que se hayan constituido.

Aplicación del Convenio a las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC)

23. La cuestión principal que se plantea en el contexto transfronterizo es si una IIC puede acogerse, por derecho propio, a los beneficios del Convenio. Para llegar a ello en aplicación de Convenios que, como este Convenio, no incluyen una disposición específica aplicable a las IIC, estas deberían calificarse como "persona" que es "residente" de un Estado contratante y, por lo que respecta a la aplicación de los artículos 10 y 11, que es "beneficiaria efectiva" de la renta que percibe.

24. Para determinar si una IIC debe tratarse como una "persona" es preciso comenzar por examinar la forma jurídica de la IIC, que varía sustancialmente entre países y entre tipos de instituciones. En muchos países, la mayoría de las IIC se constituyen como una sociedad. En otros adoptarán normalmente la forma de fideicomisos y, más aún, en otros, adoptarán la forma de meros acuerdos contractuales o algún tipo de copropiedad. En la mayoría de los casos, la IIC recibirá el tratamiento de contribuyente o de "persona" a los efectos de la legislación fiscal del Estado en el que está establecida; por ejemplo, en algunos países en los que las IIC adquieren normalmente la forma de fideicomiso, bien el propio fideicomiso o los fiduciarios que intervienen colectivamente en su condición de tales, se considerarán contribuyentes o "persona" a los efectos de la normativa fiscal interna. En vista del amplio significado que se atribuye al término "persona", el hecho de que la legislación fiscal del país donde esté establecida la IIC la trate como contribuyente indica que la IIC es una "persona" a los efectos del convenio. Los Estados contratantes que deseen aclarar expresamente que, en esas circuns-

[3] "La concesión de los beneficios del Convenio en relación con las rentas procedentes de las instituciones de inversión colectiva", reproducido en el Volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio tributario de la OCDE*, en la página R(24)-1.

tancias, tales IIC son personas a los efectos de sus convenios pueden acordar bilateralmente una modificación de la definición del término "persona" a fin de incluirlas.

25. La cuestión de si una IIC es "residente" de un Estado contratante no depende de la forma jurídica que adopte (siempre que pueda considerarse persona) sino del tratamiento fiscal que se le otorgue en el Estado en el que está establecida. Aun cuando garantizar un único nivel de imposición es un objetivo constante de los regímenes fiscales aplicados a las IIC, bien a nivel de la IIC o del inversor, son muchas las vías mediante las que los Estados pueden lograrlo. En algunos Estados, los tenedores de participaciones en la IIC están sujetos a imposición por razón de las rentas percibidas a través de la IIC, en lugar de ser la propia IIC la que esté sometida a imposición por las mismas. Estas IIC fiscalmente transparentes no se tratarán como residentes del Estado contratante en el que están establecidas, por no estar sometidas a imposición en los mismos.

26. Por el contrario, en otros Estados, las IIC están, en principio, sujetas a imposición, si bien sus rentas pueden estar totalmente exentas, por ejemplo, si la IIC satisface ciertos criterios en relación con su objeto, actividades o funcionamiento, que pueden incluir requisitos relativos al importe mínimo de rentas distribuidas, fuentes de renta y, en ocasiones, a los sectores en los que operan. Más frecuentemente, las IIC están sujetas a imposición, pero con una base de cálculo del impuesto reducida, de diversas formas, por razón de la renta distribuida a los inversores. Las deducciones en concepto de distribuciones implican normalmente que no se paga impuesto de hecho. Otros Estados someten las IIC a imposición, pero a un tipo reducido especial. Finalmente, algunos Estados someten sus IIC plenamente a imposición, pero practican una integración a nivel del inversor a fin de evitar la doble imposición sobre la renta de la IIC. En aquellos países que adoptan el criterio expresado en el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 4, relativo a que una persona puede estar sujeta a imposición aun cuando el Estado en el que está establecida no aplique el impuesto, la IIC tendrá el tratamiento de residente del Estado en el que está establecida, ya que está plenamente sujeta a imposición en ese Estado. Aun en el caso de que la renta de la IIC esté sujeta a tipo cero, o esté exenta del impuesto, los requisitos necesarios para su consideración como residente pueden satisfacerse si las condiciones para optar a dicha tributación reducida o exención son lo suficientemente estrictas.

27. Los países que adopten el otro punto de vista recogido en el párrafo 8.12 de los Comentarios al artículo 4, según el cual una entidad exenta del impuesto no está de hecho sujeta al impuesto, pueden no considerar algunas o todas las IIC descritas en el párrafo precedente como residentes de los Estados en los que se constituyan. Se insta a los Estados que adopten este último criterio y a los que negocien con ellos a que aborden la cuestión en sus negociaciones bilaterales.

28. Algunos países han cuestionado si una IIC, con independencia de que sea una "persona" y "residente", puede considerarse como la beneficiaria efectiva de las rentas que percibe. Dado que una "IIC", tal como se define en el párrafo 22 anterior, debe tener una titularidad muy amplia, una cartera de valores diversificada y estar sujeta a la normativa para la protección de los inversores vigente en el país en el que esté establecida, tal IIC, o sus gestores, asumen frecuentemente funciones significativas respecto de la inversión y la gestión de los activos de la IIC. Es más, la posición de un inversor en una IIC difiere sustancialmente, desde el punto de vista jurídico y económico, de la posición de un inversor que posee los activos subyacentes,

por lo que no sería adecuado tratar al inversor en dicha IIC como el beneficiario efectivo de las rentas percibidas por la IIC. Por tanto, toda institución que satisfaga la definición de IIC en la que la titularidad es muy amplia recibirá también el tratamiento de beneficiaria efectiva de los dividendos e intereses que perciba, en tanto que los gestores de la IIC tengan facultades discrecionales para gestionar los activos que generan tales rentas (salvo que en el caso de una persona física residente de ese Estado que hubiera recibido la renta en las mismas circunstancias no se la hubiera considerado como la beneficiaria efectiva de la misma).

29. Dado que estos principios son, necesariamente, de carácter general, su aplicación a un tipo específico de IIC puede no resultar clara para la propia IIC, los inversores o los intermediarios. Las posibles dudas sobre la posibilidad de optar a los beneficios del convenio resultan especialmente problemáticas para las IIC que, a los efectos del cálculo de su valor liquidativo deben tener en cuenta los importes que esperan recibir, incluyendo cualquier beneficio en relación con las retenciones en la fuente que puedan obtener del convenio. El valor liquidativo, que, en general, se calcula diariamente, es la base de los precios aplicados para las suscripciones y amortizaciones. Si el tipo de retención más favorable finalmente obtenido por la IIC no se corresponde con sus cálculos iniciales respecto del importe y el momento de la aplicación de estos beneficios, se producirá una desigualdad entre el valor real del activo y el valor liquidativo utilizado por los inversores que han adquirido, vendido o amortizado su participación en la IIC en ese plazo.

30. A fin de ofrecer mayor certidumbre en el marco de los convenios en vigor, las autoridades fiscales pueden desear llegar a un acuerdo amistoso mediante el que se aclare el régimen aplicable a ciertos tipos de IIC en sus respectivos Estados. En relación con algunas IIC, tal acuerdo amistoso podría consistir en una mera confirmación de que la IIC satisface los requisitos técnicos anteriormente citados, y que por tanto puede, por derecho propio, acogerse a los beneficios del convenio. En otros casos, el acuerdo amistoso podría dotar a la IIC de una vía administrativa que la permita reclamar los beneficios del convenio para aquellos inversores que tengan derecho a ello (véanse los párrafos 36 a 40 del Informe "The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles"* en los que se analiza esta cuestión). Naturalmente, un acuerdo amistoso no puede implicar una reducción de los beneficios a los que hubiera podido acogerse la IIC en virtud de los términos de un convenio.

Cuestiones de política fiscal planteadas por el tratamiento actual de las instituciones de inversión colectiva

31. Por las mismas razones, sería conveniente que los negociadores de los convenios abordaran expresamente el régimen aplicable a las IIC. Así, aun cuando pudiera parecer que las IIC de cada uno de los Estados contratantes pueden acceder a los beneficios de los convenios, sería conveniente confirmar esa posición haciéndola pública (por ejemplo, mediante un intercambio de notas) a fin de generar mayor certidumbre. También podría resultar conveniente dejar constancia expresa del derecho de las IIC a acogerse a los beneficios del convenio incluyendo, por ejemplo, una disposición en la línea de la siguiente:

* (*N. de la T.*: "La concesión de los beneficios del Convenio a las rentas procedentes de las instituciones de inversión colectiva".)

No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, una institución de inversión colectiva establecida en un Estado contratante que perciba rentas procedentes del otro Estado contratante tendrá, a los efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, el tratamiento otorgado a una persona física residente del Estado contratante en el que está establecida, y como beneficiaria efectiva de la renta que percibe (siempre que, si una persona física residente del Estado mencionado en primer lugar hubiera percibido la renta en las mismas circunstancias, se la hubiera considerado beneficiaria efectiva de la misma). A los efectos de este apartado, el término "institución de inversión colectiva" significa, en el caso de [Estado A], un [.....] y, en el caso de [Estado B], un [.....], así como cualquier otro fondo de inversión, instrumento o entidad establecidos en cualquiera de los Estados contratantes respecto de los que las autoridades competentes de los Estados contratantes convengan su consideración como institución de inversión colectiva a los efectos de este apartado.

32. Sin embargo, al negociar nuevos convenios o modificar los existentes, los Estados contratantes no estarán limitados a aclarar los resultados de la aplicación de otras disposiciones del convenio a las IIC, sino que pueden modificar esos resultados en la medida que sea necesario para alcanzar los objetivos de política fiscal que se persiguen. Por ejemplo, en el contexto de un convenio bilateral concreto, el análisis técnico pudiera arrojar el resultado de que las IIC ubicadas en uno de los Estados contratantes pueden acceder a los beneficios del convenio, mientras que las IIC del otro Estado contratante no. Esto haría parecer que el convenio está desequilibrado, aunque el hecho de que lo esté realmente dependerá de las circunstancias concretas. Si lo fuera, los Estados contratantes deberán intentar llegar a una solución justa. Si el resultado práctico en cada uno de los Estados contratantes fuera que la mayoría de las IIC no pagan impuestos de hecho, los Estados contratantes deberán intentar remontar las diferencias jurídicas que provocan que en un Estado puedan acogerse a los beneficios que en el otro se le deniegan. Por otro lado, las diferencias en la forma jurídica y en el tratamiento tributario en los dos Estados contratantes pueden significar que es correcto tratar a las IIC de forma distinta en cada Estado. Al comparar la imposición a la que se sujetan estas instituciones en ambos Estados no debe analizarse únicamente la de la propia IIC, sino que debe considerarse también la imposición en el Estado de la fuente y al nivel del inversor. El objetivo es conseguir neutralidad entre las inversiones directas y las inversiones a través de una IIC en el contexto internacional, al igual que el objetivo de la mayoría de las disposiciones nacionales que abordan el tratamiento de las IIC es lograr esa neutralidad en el contexto puramente nacional.

33. Un Estado contratante puede desear analizar también si las disposiciones vigentes en sus convenios son suficientes para impedir una utilización potencialmente abusiva de las IIC. Cabe la posibilidad de que una IIC pueda satisfacer los requisitos necesarios para optar a los beneficios del convenio por derecho propio, aun cuando en la práctica su renta no esté sujeta a un impuesto elevado, o a impuesto alguno. En ese caso, la IIC puede ofrecer a los residentes de terceros países la posibilidad de acogerse a los beneficios del convenio a los que no hubieran podido optar en caso de que hubieran invertido directamente. Por tanto, lo adecuado sería restringir los beneficios que, de no hacerlo estarían a disposición de dicha IIC, bien a través de normas antiabuso de aplicación general o de medidas que eviten las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros (como se verá más adelante bajo el epígrafe "Uso indebido del Convenio") o a través de disposiciones específicas que versen sobre las IIC.

34. Al decidir si dichas disposiciones son necesarias, los Estados contratantes querrán considerar las características económicas, incluida la potencialidad de utilización abusiva por terceros, que presentan los diversos tipos de IIC más utilizadas en cada uno de los Estados

contratantes. Por ejemplo, una IIC que no esté sujeta a imposición en el Estado en el que esté establecida puede presentar mayor riesgo de que se utilice como estrategia de elusión mediante la utilización abusiva del convenio por terceros que otra que esté sujeta a imposición a nivel de la entidad o cuando las distribuciones a inversores no residentes estén sujetas a retención.

Ejemplos de disposiciones que modifican el tratamiento de las IIC

35. Cuando los Estados contratantes convengan en la necesidad de introducir una disposición específica sobre las IIC para responder a las preocupaciones planteadas en los párrafos 32 a 34, pueden incluir en sus convenios bilaterales la siguiente disposición:

a) No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, una institución de inversión colectiva establecida en un Estado contratante que perciba rentas procedentes del otro Estado contratante tendrá, a los efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, el tratamiento otorgado a las personas físicas residentes en el Estado contratante en el que está establecida, y como beneficiaria efectiva de la renta que percibe (siempre que, si una persona física residente del Estado mencionado en primer lugar hubiera percibido la renta en las mismas circunstancias, se la hubiera considerado beneficiaria efectiva de la misma), pero solo en la medida en que los derechos de participación en los beneficios de la institución de inversión colectiva sean propiedad de beneficiarios equiparables.

b) A los efectos de este apartado:

(*i*) el término "institución de inversión colectiva" significa, en el caso de [Estado A], un [.....] y, en el caso de [Estado B], un [.....], así como cualquier otro fondo de inversión, instrumento o entidad establecidos en cualquiera de los Estados contratantes que las autoridades competentes de los Estados contratantes acuerden tratar como instituciones de inversión colectiva a los efectos de este apartado; y

(*ii*) el término "beneficiario equiparable" significa un residente del Estado contratante en el que está establecida la IIC, y un residente de cualquier otro Estado con el que el Estado contratante fuente de la renta tenga un convenio fiscal en materia de impuestos sobre la renta que prevea un intercambio de información efectivo y amplio, que en caso de percibir el elemento de renta para el que se solicitan los beneficios de este Convenio, tenga derecho en virtud del mismo, o en virtud de la legislación interna del Estado de la fuente, a un tipo impositivo aplicable a ese elemento de renta al menos tan reducido como el tipo solicitado al amparo de este Convenio por la IIC respecto de ese elemento de renta.

36. La intención es que los Estados contratantes añadan a la cláusula *b*) (i) las referencias cruzadas correspondientes a sus disposiciones de derecho tributario o a la regulación financiera que concierna a las IIC. Al adoptar la decisión sobre qué tratamiento debe aplicarse a una IIC concreta, los Estados contratantes deberán tener en cuenta las cuestiones de política fiscal mencionadas anteriormente. Los negociadores pueden acordar que las diferencias económicas en el tratamiento de las IIC en los dos Estados contratantes, o incluso dentro de

un único Estado contratante, justifican una diferencia de tratamiento en el convenio. En ese caso puede incluirse en el convenio algún tipo de combinación de las disposiciones contenidas en este apartado.

37. El efecto de la concesión de los beneficios de un convenio a la IIC en la medida en que sea propiedad de "beneficiarios equiparables", según se definen en el subapartado *b*) (ii) es el de garantizar que los inversores que hubieran tenido derecho a los beneficios del convenio respecto de rentas procedentes del Estado de la fuente, en caso de haberlas percibido directamente, no estén en una situación más desfavorable por el hecho de invertir a través de una IIC establecida en un tercer país. Este planteamiento responde por tanto al objetivo de neutralidad entre inversiones directas y las realizadas a través de una IIC. También reduce el riesgo de doble imposición en el Estado de fuente y de residencia del inversor, en la medida en que exista un convenio fiscal entre ellos. Es beneficioso para los inversores, especialmente los de pequeños países, que podrán disfrutar de un mayor abanico de instituciones de inversión. También aumenta las economías de escala, beneficio económico fundamental de la inversión a través de una IIC. Finalmente, la adopción de este criterio simplifica sustancialmente el cumplimiento con las obligaciones tributarias. En muchos casos prácticamente todos los inversores de la IIC serán "beneficiarios equiparables", dada la extensa cobertura de la red de convenios existentes y el hecho de que los tipos impositivos previstos en esos convenios suele estar entre el 10 y el 15 por ciento para los dividendos de cartera.

38. Al mismo tiempo, esta disposición impide la utilización de las IIC por los inversores para lograr un mejor tratamiento por razón del convenio del que hubieran obtenido en caso de invertir directamente. Este efecto se observa comparando los tipos en el marco de la definición del "beneficiario equiparable". Así, la comparación correcta sería entre el tipo al que opta la IIC y el tipo al que pudiera haber optado el inversor en caso de haber percibido la renta directamente. Por ejemplo, supongamos que una IIC establecida en el Estado B percibe dividendos procedentes de una sociedad residente del Estado A. El sesenta y cinco por ciento de los inversores en la IIC son personas físicas residentes en el Estado B; el diez por ciento son fondos de pensiones establecidos en el Estado C y el 25 por ciento son personas físicas residentes del Estado C. Conforme al convenio entre A y B, los dividendos de cartera están sujetos a un tipo máximo en fuente del 10 por ciento. Según el convenio entre A y C, los fondos de pensiones están exentos de imposición en el Estado de la fuente y los restantes dividendos de cartera están sujetos a un tipo máximo del 15 por ciento. Tanto el convenio entre A y B, como entre A y C, contienen disposiciones sobre intercambio de información efectivo y amplio. En estas condiciones, el 75 por ciento de los inversores en la IIC: las personas físicas residentes en el Estado B y los fondos de pensiones establecidos en el Estado C, son beneficiarios equiparables.

39. Al Estado de la fuente puede preocuparle el potencial diferimiento en el pago del impuesto que podría darse respecto de una IIC sujeta a escasa o nula tributación y que puede acumular su renta en lugar de distribuirla regularmente. Estos Estados pueden verse tentados a circunscribir los beneficios del convenio a los que puede acogerse la IIC a la parte de los inversores sujetos en ese momento a imposición por razón de su participación en la renta de la IIC. Sin embargo, este planteamiento se ha revelado difícil de aplicar a las IIC con pluralidad de partícipes. Los Estados a los que les preocupe esta posibilidad de diferimiento pueden optar por negociar disposiciones por las que se concedan los beneficios únicamente a aquellas IIC que estén en ese momento obligadas a distribuir beneficios. Habrá, sin embargo, otros

Estados a los que les preocupe menos este diferimiento. Estos pueden considerar que incluso si el inversor no está sujeto a imposición en ese momento por razón de la renta percibida a través de la IIC, sí lo estará posteriormente, bien en la distribución o por las posibles ganancias de capital en caso de que venda su participación en la IIC antes de que esta proceda a la distribución de rentas. Estos países pueden estar interesados en negociar disposiciones que concedan beneficios a las IIC aun cuando no estén obligadas a distribuir su renta de forma regular. Asimismo, en muchos países el tipo impositivo aplicable a las rentas de inversión no es significativamente más elevado que la retención en fuente sobre los dividendos prevista en los convenios, por lo que no habrá más que una posibilidad mínima, si no nula, de lograr diferir el impuesto en el Estado de residencia obteniendo la renta a través de un fondo de inversión en lugar de mediante una inversión directa. Además, son muchos los Estados que han adoptado medidas para garantizar la imposición corriente de las rentas de inversión que obtienen sus residentes a través de fondos de inversión, independientemente de que dichos fondos acumulen renta, lo que reduce aún más la posibilidad de tal diferimiento. Por lo que respecta al tratamiento de las IIC que no tienen la obligación de distribuir rentas corrientemente, los Estados pueden querer examinar si estos u otros factores responden a las cuestiones descritas anteriormente, de forma que las limitaciones aquí descritas pueden no ser necesarias en la práctica.

40. Algunos Estados opinan que tener en cuenta a todos los inversores que puedan optar a los beneficios del convenio, incluidos los de terceros Estados, alteraría el carácter bilateral de los convenios. Estos Estados pueden preferir conceder los beneficios de los convenios fiscales a las IIC únicamente en la medida en que los inversores en estas instituciones sean residentes del Estado contratante en que está establecida la IIC. En tal caso, las disposiciones se redactarían en los siguientes términos:

a) No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, una institución de inversión colectiva establecida en un Estado contratante que perciba rentas procedentes del otro Estado contratante tendrá, a los efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, el tratamiento otorgado a las personas físicas residentes en el Estado contratante en el que está establecida, y como beneficiaria efectiva de la renta que percibe (siempre que, si una persona física residente del Estado mencionado en primer lugar hubiera percibido la renta en las mismas circunstancias, se la hubiera considerado beneficiaria efectiva de la misma), pero solo en la medida en que los propietarios de los derechos de participación en los beneficios de la institución de inversión colectiva sean residentes del Estado contratante en el que se esté establecida la IIC.

b) A los efectos de este apartado el término "institución de inversión colectiva" significa, en el caso de [Estado A], un [.....] y, en el caso de [Estado B], un [.....], así como cualquier otro fondo de inversión, instrumento o entidad establecidos en cualquiera de los Estados contratantes que las autoridades competentes de los Estados contratantes convengan en considerar como institución de inversión colectiva a los efectos de este apartado.

41. Si bien el criterio netamente proporcional expuesto en los párrafos 35 y 40 protege contra las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, puede implicar al tiempo importantes cargas administrativas en el proceso de determi-

nación por la IIC de los derechos a optar al convenio de cada inversor. Un Estado contratante puede decidir que el hecho de que una proporción sustancial de los inversores en la IIC pueda acogerse a los beneficios del convenio es protección suficiente contra la utilización abusiva del convenio por terceros y que, por tanto, es correcto determinar un umbral de propiedad por encima del cual puedan aplicarse los beneficios del convenio a todas las rentas percibidas a través de la IIC. La introducción de un umbral de esta naturaleza permitiría igualmente mitigar algunas de las cargas procedimentales que podrían surgir en su ausencia. Por tanto, si ese es el deseo de los Estados contratantes, puede añadirse la siguiente frase al final del subapartado *a*):

> No obstante, si al menos un [.....] por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la institución de inversión colectiva es propiedad de [beneficiarios equiparables] [residentes del Estado contratante en el que esté establecida la institución de inversión colectiva], la institución de inversión colectiva tendrá el tratamiento otorgado a las personas físicas residentes en el Estado contratante en el que está establecida, y como beneficiaria efectiva de toda la renta que percibe (siempre que, si una persona física residente del Estado mencionado en primer lugar hubiera percibido la renta en las mismas circunstancias, se la hubiera considerado beneficiaria efectiva de la misma).

42. En algunos casos, los Estados contratantes pueden querer aplicar un enfoque distinto del expuesto en los párrafos 31, 35 y 40 en relación con ciertos tipos de IIC, y considerar que la IIC solicita los beneficios del convenio por cuenta de sus inversores más que en su propio nombre. Esto puede ser así, por ejemplo, cuando un porcentaje elevado de los propietarios del conjunto de los derechos en la IIC, o de cierto tipo de derechos en la IIC, son fondos de pensiones exentos de imposición en el país de la fuente en virtud de las disposiciones del convenio aplicable, similares a las descritas en el párrafo 69 de los comentarios al artículo 18. Para garantizar que los inversores no pierden el beneficio de los tipos preferentes a los que hubieran tenido derecho en caso de haber invertido directamente, los Estados contratantes pueden acordar una disposición en la línea de la que se cita a continuación en relación con dichas IIC (aunque puedan acordar alguno de los criterios contenidos en los párrafos 31, 35 o 40 respecto de otros tipos de IIC):

a) Una institución de inversión colectiva descrita en el subapartado *c*) que esté establecida en un Estado contratante y perciba rentas procedentes del otro Estado contratante, no será considerada residente del Estado contratante en el que se esté establecida, pero podrá solicitar, por cuenta de los titulares de los derechos de participación en los beneficios de la institución de inversión colectiva, las reducciones fiscales, exenciones u otros beneficios a los que hubieran podido optar en virtud de este Convenio en caso de que dichos titulares hubieran percibido la renta directamente.

b) Una institución de inversión colectiva no podrá acogerse a lo dispuesto en el subapartado *a*) para reclamar beneficios por cuenta de un titular de derechos de participación en los beneficios de esa institución de inversión colectiva cuando dicho titular haya solicitado en su propio nombre el acogimiento a los beneficios del convenio respecto de la renta percibida a través de la institución de inversión colectiva.

c) Este apartado se aplicará, en el caso de [Estado A], a [.....] y, en el caso de [Estado B], a [.....], así como a cualquier otro fondo de inversión, instrumento o entidad esta-

blecidos en cualquiera de los Estados contratantes respecto del que las autoridades competentes de los Estados contratantes convengan la aplicación de este apartado;

No obstante, esta disposición impide a la IIC solicitar el acogimiento a los beneficios del convenio por cuenta de residentes del Estado contratante en el que la IIC esté establecida. Si, por las razones mencionadas en el párrafo 37, los Estados contratantes consideraran adecuado permitir a la IIC solicitar el acogimiento a los derechos derivados del convenio por cuenta de residentes de terceros Estados que puedan optar ellos, bastaría con sustituir las palabras "de este Convenio" por "de cualquier convenio del que el otro Estado contratante sea parte" en el subapartado *a*). Si, como se señaló anteriormente, los Estados contratantes acuerdan que el tratamiento previsto en este párrafo se aplique únicamente a tipos concretos de IIC, será necesario verificar que los tipos de IIC citadas en el subapartado *c*) no incluyen ninguno de los tipos de IIC incluidas en disposiciones más generales como las de los párrafos 31, 35 o 40, de forma que el tratamiento otorgado a un tipo concreto de IIC sea fijo en lugar de opcional. Los países que deseen permitir a las IIC elegir el tratamiento al que acogerse, bien respecto de su conjunto o respecto de uno o más tipos de derechos de participación en la IIC, son libres de modificar el apartado a tal efecto.

43. Conforme al criterio adoptado en los párrafos 35 y 40, o en el párrafo 42, la IIC tendrá que determinar la proporción de titulares de derechos que hubieran podido optar a los beneficios del convenio en caso de haber invertido directamente. Dado que la propiedad de los derechos de participación en una IIC cambia a menudo, y que es habitual su tenencia a través de intermediarios, es frecuente que la IIC y sus gestores desconozcan la identidad de los beneficiarios efectivos de los derechos de participación y su situación en lo que a los convenios se refiere. No resultaría práctico que la IIC tenga que recabar esa información diariamente a través de los intermediarios correspondientes. Por tanto, los Estados contratantes deberán aceptar criterios que resulten prácticos y fiables y que no requieran de ese seguimiento diario.

44. Por ejemplo, en muchos países el sector de las IIC es básicamente nacional, con un voluminoso porcentaje de inversores residentes en el país en el que se establece la IIC. En algunos casos, la normativa fiscal disuade a los inversores extranjeros aplicando una retención sobre las rentas distribuidas, o la normativa sobre valores mobiliarios limita severamente la oferta para los no residentes. Los Estados deben considerar si estas u otras circunstancias protegen suficientemente contra la inversión por residentes de terceros países que no tengan derecho a los beneficios del convenio. Sería conveniente, por ejemplo, asumir que una IIC es propiedad de residentes del Estado en el que está establecida si este limita la distribución de sus participaciones o unidades al Estado en el que está establecida o a otros Estados que ofrezcan beneficios similares en sus convenios con el Estado de la fuente.

45. En otros casos, los derechos de participación en la IIC se ofrecen a inversores de muchos países. Aunque la identidad de los inversores particulares pueda cambiar diariamente, es probable que la proporción de inversores en la IIC con derecho a acogerse a los beneficios de los convenios varíe con relativa lentitud. Por tanto, sería razonable exigir a la IIC que obtenga de otros intermediarios, en fechas predeterminadas, la información que le permita determinar la proporción de inversores que tienen derecho a acogerse a los convenios. Esta información podría requerirse al final del año civil o del ejercicio fiscal o con mayor frecuencia si las condiciones del mercado sugieren una alta rotación en la titularidad, aunque con

una periodicidad no superior a una vez por trimestre, coincidiendo con su terminación. La IIC podría entonces invocar los beneficios de los convenios sobre la base de la media de esos cálculos a lo largo de plazo previamente convenido. Al adoptar estos procedimientos debe prestarse especial atención a la elección de las fechas utilizadas para el cómputo, a fin de permitir que la IIC tenga tiempo suficiente para actualizar la información que ofrece a otros pagadores, y pueda retenerse el importe correcto al inicio de cada periodo correspondiente.

46. Otro criterio posible sería el de considerar que una IIC que cotice en bolsa en el Estado contratante en el que está establecida tendrá derecho a los beneficios del convenio con independencia del Estado de residencia de sus inversores. Esta disposición se ha justificado por el hecho de que una IIC que cotice en bolsa no puede servir como una estrategia efectiva de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios, ya que los accionistas o partícipes de dicha IIC no pueden ejercer el control sobre ella individualmente. Esta disposición podría redactarse como sigue:

a) No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, una institución de inversión colectiva establecida en un Estado contratante que perciba rentas procedentes del otro Estado contratante tendrá, a los efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, el tratamiento otorgado a las personas físicas residentes en el Estado contratante en el que está establecida, y como beneficiaria efectiva de la renta que percibe (siempre que, si una persona física residente del Estado mencionado en primer lugar hubiera percibido la renta en las mismas circunstancias, se la hubiera considerado beneficiaria efectiva de la misma) cuando la clase principal de acciones o participaciones o unidades en la institución de inversión colectiva cotice en bolsa y sus acciones se negocien regularmente a través de un mercado de valores regulado en ese Estado.

b) A los efectos de este apartado, el término "institución de inversión colectiva" significa, en el caso de [Estado A], un [.....] y, en el caso de [Estado B], un [.....], así como cualquier otro fondo de inversión, instrumento o entidad establecidos en cualquiera de los Estados contratantes que las autoridades competentes de los Estados contratantes convengan en considerar como institución de inversión colectiva a los efectos de este apartado.

47. Las disposiciones de los párrafos 31, 35, 40 y 46 consideran a la IIC como residente y beneficiaria efectiva de la renta que percibe, a los efectos de la aplicación del convenio a dicha renta, lo que tiene la sencillez de poder aplicar un tipo reducido de retención para cada tipo de renta. No obstante, como confirma el apartado 3 del artículo, estas disposiciones no restringen en modo alguno el derecho del Estado de la fuente a gravar a sus propios residentes que sean inversores en la IIC. Es obvio que la intención de estas disposiciones es la de tratar la imposición en fuente de la renta de la IIC y no la imposición en el Estado de residencia de sus inversores.

48. Del mismo modo, cada una de esas disposiciones está destinada a velar únicamente para que las características específicas de las IIC no conduzcan a otro tratamiento distinto del de beneficiaria efectiva de la renta que percibe. Por tanto, se tratará a las IIC como beneficiarias efectivas de todas las rentas que perciban. Sin embargo, estas disposiciones no pretenden situar a una IIC en una posición distinta o mejor que la de los restantes inversores en relación con aspectos relacionados con el requisito sobre los beneficiarios efectivos

que no guarden relación con la propia naturaleza de la IIC. Por tanto, si a una persona física que perciba un elemento de renta en determinadas circunstancias no se la considera beneficiaria efectiva de la misma, tampoco lo será una IIC que perciba esa renta en esas mismas circunstancias. Este resultado se confirma mediante la limitación, expresada entre paréntesis, a la aplicación de las disposiciones a los casos en los que si una persona física que se encontrara en las mismas circunstancias, se la hubiera considerado beneficiaria efectiva de la renta.

Aplicación del Convenio a los Estados, sus subdivisiones y sus entidades íntegramente participadas

49. El apartado 1 del artículo 4 establece que los propios Estados contratantes, sus subdivisiones políticas y sus entidades locales están incluidos en la definición de "residente de un Estado contratante" y tienen por tanto derecho a acogerse a los beneficios del convenio (en el párrafo 8.4 de los Comentarios al artículo 4 se explica que la inclusión de estos términos en 1995 confirmó lo que la mayoría de los Estados miembros ya entendían previamente).

50. No obstante, pueden surgir algunos problemas en el caso de entidades constituidas e íntegramente participadas por un Estado o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales. Algunas de estas entidades pueden obtener un nivel sustancial de rentas de otros países, por lo que puede ser importante determinar si los convenios fiscales les son de aplicación (este sería el caso, por ejemplo, de los fondos soberanos: véase el párrafo 8.5 de los Comentarios al artículo 4). En muchos casos, estas entidades están totalmente exentas de imposición y puede plantearse la cuestión de si tienen derecho a acogerse a los beneficios de los convenios fiscales concluidos por el Estado en el que se han constituido. Para poder aclarar esta cuestión, algunos Estados modifican la definición de "residente de un Estado contratante" del apartado 1 del artículo 4 e incluyen en la definición a las "entidades públicas", o las "agencias u organismos", o las "entidades jurídicas de derecho público" de un Estado, subdivisión política o entidad local, cubriendo así las entidades íntegramente participadas que no se consideran parte del Estado o de sus subdivisiones políticas o entidades locales.

51. Además, muchos Estados incluyen disposiciones específicas en sus convenios bilaterales que conceden una exención a otros Estados y a ciertas entidades de propiedad íntegramente estatal, como los bancos centrales, respecto de ciertos elementos de renta, tales como los intereses (véase el párrafo 13.2 de los Comentarios al artículo 10 y el párrafo 7.4 de los Comentarios al artículo 11). Las disposiciones de los convenios que conceden la exención respecto de la renta procedente de fondos de pensiones (véase el párrafo 69 de los Comentarios al artículo 18) pueden aplicarse de forma similar a los fondos de pensiones íntegramente participados por un Estado, dependiendo de la redacción de esas disposiciones y de la naturaleza del fondo.

52. Sin embargo, la aplicación del Convenio a cada Estado contratante, sus subdivisiones políticas y entidades locales (y a sus entidades públicas, agencias u organismos en el caso de convenios bilaterales que se apliquen a tales entidades) no debe interpretarse en el sentido de que pueda alterar en modo alguno la posible aplicación por cada Estado del principio de inmunidad soberana, reconocido por el derecho internacional consuetudinario. Según este principio, un Estado soberano (incluidos sus representantes, sus propiedades y sus activida-

des) es, como norma general, inmune a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado soberano. Sin embargo, no hay consenso internacional sobre los límites precisos del principio de inmunidad soberana. La mayoría de los Estados, por ejemplo, no reconocerían la aplicación del principio a las actividades empresariales, y son muchos los que no admitirían su aplicación en materia tributaria. Por tanto, son notables las diferencias entre Estados en el grado de aplicación de este principio en materia tributaria, si es que se aplica en alguna medida. Incluso entre los Estados que admitirían la posibilidad de su aplicación en materia tributaria, algunos lo harían únicamente en la medida en que se haya incorporado en la legislación interna y otros lo harían como norma de Derecho internacional consuetudinario, pero sujeto a importantes limitaciones. El Convenio no se pronuncia sobre si el principio de inmunidad soberana se aplica, y de ser así, en qué medida, respecto de las personas comprendidas en el ámbito definido en el artículo 1, y de los impuestos comprendidos en el artículo 2, y cada Estado contratante tiene libertad, por tanto, para aplicar su propia interpretación de ese principio, siempre que la imposición resultante, en caso de haberla, sea conforme con las disposiciones de los convenios bilaterales.

53. Los Estados suelen tener en cuenta diversos factores al considerar la posibilidad de conceder exenciones fiscales, y en qué medida, mediante disposiciones específicas contenidas en los convenios o en su legislación interna, o por aplicación del principio de inmunidad soberana, respecto de la renta obtenida por otros Estados, sus subdivisiones políticas, entidades locales, o sus entidades públicas, agencias u organismos. Estos factores incluyen, por ejemplo, la reciprocidad de la exención por el otro Estado, si la renta procede de actividades de naturaleza administrativa y no de naturaleza comercial, si los activos y la renta de la entidad perceptora se utilizan con fines públicos, si existe la posibilidad de que redunde en beneficio de una persona ajena a la administración y si la renta procede de una cartera de inversiones o de la inversión directa.

Uso indebido del Convenio

54. El principal objetivo de los convenios de doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional. Como confirma el preámbulo del Convenio, evitar la elusión y el fraude fiscales es también parte de los objetivos de los convenios.

55. La extensión de la red de convenios tributarios eleva el riesgo de abuso al posibilitar la utilización de instrumentos diseñados para obtener tanto las ventajas fiscales previstas en determinadas legislaciones internas como las reducciones impositivas acordadas en esos convenios.

56. Tal sería el caso, por ejemplo, si una persona (residente o no de un Estado contratante) actúa a través de una entidad jurídica constituida en un Estado fundamentalmente para conseguir los beneficios de convenios que no pueda obtener directamente. Otro caso sería el de una persona física que tuviera en un Estado contratante su vivienda permanente y todos sus intereses económicos, incluyendo una participación sustancial en una sociedad de ese Estado y que, principalmente con vistas a vender las acciones y evitar el gravamen en ese Estado respecto de las ganancias de capital derivadas de la enajenación (en virtud del apartado 5 del artículo 13), trasladase su vivienda permanente al otro Estado contratante donde dichas ganancias se someten a un gravamen reducido o nulo.

Combatir la elusión fiscal mediante los convenios

57. El apartado 9 del artículo 29 y las normas específicas antiabuso recogidas en los convenios se dirigen a éstas y a otras operaciones e instrumentos concertados con el propósito de obtener los beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas. No obstante, cuando un convenio no incluya tales normas, se plantea el interrogante de si deberían concederse los beneficios del convenio cuando se realicen operaciones que constituyan un uso abusivo de sus disposiciones.

58. Muchos Estados responden a esta pregunta partiendo del hecho de que los impuestos, en última instancia, se exigen en virtud de disposiciones de la legislación interna, a reserva de disposiciones restrictivas (y en casos excepcionales, ampliatorias) previstas en los convenios. Así pues, todo uso abusivo de las disposiciones de un convenio tributario podría también considerarse como uso abusivo de las disposiciones de la legislación interna en virtud de las cuales se exige el impuesto. Para estos Estados, la cuestión pasa a ser si las normas de los convenios tributarios pueden o no impedir la aplicación de las disposiciones antiabuso de la legislación interna, que es la pregunta que se plantea en los párrafos 66 a 80 más adelante. Como se explica en esos párrafos, como norma general no existirá conflicto entre dichas normas y las disposiciones de los convenios.

59. Otros Estados prefieren considerar algunos abusos como si fueran usos abusivos del propio convenio en lugar de abusos de la norma interna. No obstante, estos Estados consideran que una interpretación correcta de los convenios tributarios les permite obviar las operaciones abusivas, como las efectuadas con la intención de obtener beneficios no previstos en las disposiciones de estos convenios. Esta interpretación es consecuencia del objeto y los propósitos de los convenios tributarios, así como de la obligación de interpretarlos de buena fe (véase el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

60. En todo caso, y de acuerdo con ambas posturas, existe acuerdo en el hecho de que los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando medien instrumentos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo.

61. Sin embargo, es importante advertir que no se debe presuponer a la ligera que un contribuyente está realizando la clase de operaciones abusivas referidas anteriormente. Un principio rector estriba en que no se deben conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o instrumentos es obtener una posición fiscal más favorable, y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y los propósitos de las disposiciones en cuestión. Este principio se aplica con independencia de las disposiciones del apartado 9 del artículo 29, que se limitan a confirmarlo.

62. La posibilidad de aplicar estos principios o el apartado 9 del artículo 29 no significa que no sea necesario incluir en los convenios fiscales disposiciones especiales para evitar determinadas formas de elusión fiscal. Si se detectan técnicas específicas de elusión o si la utilización de dichas técnicas resulta especialmente problemática, suele ser útil incorporar al Convenio disposiciones que se centren directamente en la estrategia concreta de elusión. Además, estas disposiciones resultarán necesarias cuando un Estado que ha adoptado el enfoque descrito en el párrafo 58 anterior, considere que su legislación interna carece de las normas o principios contra la elusión necesarios para responder convenientemente a dicha estrategia.

63. Así, algunas formas de elusión fiscal ya se han tratado expresamente en el Convenio, por ejemplo, mediante la introducción del concepto de "beneficiario efectivo" (en los artículos 10, 11 y 12) y de disposiciones especiales tales como el apartado 2 del artículo 17 que trata sobre las denominadas sociedades de artistas. Estos problemas se abordan también en los Comentarios al artículo 10 (párrafos 17 y 22), artículo 11 (párrafo 12) y artículo 12 (párrafo 7).

64. Además, en algunos casos, la solicitud de acogerse a los beneficios del convenio por parte de filiales, en concreto las constituidas en paraísos fiscales o que se benefician de regímenes preferentes perniciosos, puede rechazarse cuando un cuidadoso estudio de los hechos y circunstancias del caso demuestre que la sede de dirección efectiva de la filial no se encuentra en el Estado de residencia que esta declara, sino en el Estado de residencia de la sociedad matriz, y hacerla así residente de este último Estado a los efectos de la legislación interna y del convenio (lo que será pertinente cuando la legislación interna de un Estado utilice el criterio de sede de dirección, u otro de naturaleza similar, para determinar la residencia de una persona jurídica).

65. El estudio cuidadoso de los hechos y circunstancias de un caso puede revelar también que una filial estaba siendo dirigida desde el Estado de residencia de su matriz de forma que la filial tenía un establecimiento permanente en ese Estado (por ejemplo: una sede de dirección) al que eran correctamente atribuibles todos o una parte sustancial de sus beneficios.

Combatir la elusión fiscal mediante normas antiabuso y jurisprudencia internas

66. Las normas legislativas y jurisprudenciales antiabuso del derecho interno pueden utilizarse igualmente para abordar las operaciones e instrumentos concertados con el propósito de obtener los beneficios del convenio en circunstancias inadecuadas. Estas normas legislativas y jurisprudenciales pueden abordar también las situaciones en las que las operaciones o instrumentos se conciertan para hacer un uso abusivo tanto de la legislación interna como de los convenios tributarios.

67. Por las razones expuestas, las normas legislativas y jurisprudenciales antiabuso del derecho interno juegan un papel importante a la hora de impedir la concesión de los beneficios del convenio en circunstancias inapropiadas. No obstante, su aplicación suscita la cuestión sobre su posible conflicto con las disposiciones del convenio, en particular cuando estas últimas se utilizan para facilitar el uso abusivo de las disposiciones del derecho interno (por ejemplo, cuando se sostiene que las disposiciones del convenio protegen al contribuyente de la aplicación de ciertas normas antiabuso internas). Este problema se trata más adelante en relación con las normas legislativas específicas antiabuso, las normas legislativas generales antiabuso y la doctrina jurisprudencial.

Normas legislativas específicas antiabuso

68. Las autoridades fiscales que buscan abordar los usos indebidos de los convenios pueden examinar, en primer lugar, la aplicación de las normas específicas antiabuso previstas en su legislación interna.

69. Muchas de las normas específicas antiabuso presentes en la legislación interna se aplican fundamentalmente a situaciones transfronterizas, y pueden ser relevantes para la

aplicación de los convenios fiscales. Por ejemplo, las normas sobre subcapitalización pueden restringir la deducibilidad de los pagos de intereses conducentes a la erosión de las bases imponibles a los residentes de los países con los que exista convenio; las normas sobre precios de transferencia (aunque no estén especialmente diseñadas como normas antiabuso) pueden impedir el desvío artificial de rentas desde una empresa residente a una empresa residente de otro país con el que exista convenio; las normas sobre "impuestos de salida" pueden prevenir la elusión del gravamen sobre las ganancias de capital que pudiera resultar de un cambio de residencia previo a la realización de una ganancia de capital exenta por convenio; las normas que impiden "desnudar" el dividendo pueden evitar la elusión de la retención interna sobre los dividendos que resultaría de operaciones diseñadas para transformar los dividendos en ganancias de capital exentas por convenio; y las normas de prevención del uso de sociedades instrumentales pueden evitar ciertas operaciones destinadas a eludir la imposición mediante estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales.

70. Con carácter general, cuando surja un conflicto entre la aplicación de las disposiciones de la legislación interna y las disposiciones de los convenios, está previsto que prevalezcan estas últimas. Ésta es la consecuencia lógica del principio "*pacta sunt servanda*" recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, si de la aplicación de una norma específica antiabuso prevista en el derecho interno fuera a derivarse un resultado tributario no acorde con las disposiciones de un convenio, esta aplicación entraría en conflicto con las disposiciones de dicho convenio, y el convenio prevalecerá por efecto del Derecho internacional público[4].

71. No obstante, como se explica más adelante, con frecuencia será posible evitar tales conflictos, y cada caso debe analizarse atendiendo a sus propias circunstancias.

72. Primero, un convenio puede permitir expresamente la aplicación de ciertos tipos de normas específicas antiabuso. Por ejemplo, el artículo 9 autoriza explícitamente la aplicación de normas internas en las circunstancias descritas en ese artículo. Además, muchos convenios incluyen disposiciones específicas que aclaran que no hay conflicto o, en caso de que exista, permiten la aplicación de las normas internas. Este sería el caso, por ejemplo, de una norma en el convenio que permitiera expresamente la aplicación de una norma interna de subcapitalización prevista en la legislación interna de uno o de ambos Estados contratantes.

73. Segundo, muchas de las disposiciones del Convenio dependen de la aplicación del ordenamiento interno. Este es el caso, por ejemplo, de la determinación de la residencia de una persona (véase el apartado 1 del artículo 4), de la definición de los bienes inmuebles (véase el apartado 2 del artículo 6) y de la determinación de las circunstancias en las que los rendimientos procedentes de participaciones societarias pueden tratarse como dividendos (véase el apartado 3 del artículo 10). Con carácter más general, el apartado 2 del artículo 3 hace que las normas internas sean pertinentes a los efectos de determinar el significado de los términos no definidos en el Convenio. En muchos casos, por tanto, la aplicación de las normas específicas antiabuso previstas en la legislación interna afectará al modo de aplicar

[4] De acuerdo con el artículo 60 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* "una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente".

las disposiciones del convenio, más que provocar conflicto entre sus respectivos resultados. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si una disposición de derecho interno trata como dividendos los beneficios obtenidos por un accionista cuando la sociedad reembolsa algunas de sus acciones: por mucho que dicho reembolso pueda constituir una enajenación a los efectos del apartado 5 del artículo 13, el párrafo 28 de los Comentario al artículo 10 reconoce que dichos beneficios constituirán dividendos a los efectos del artículo 10 cuando la legislación interna los trate como tal.

74. Tercero, la aplicación de las disposiciones del convenio en los casos en que se identifique un uso abusivo de tales disposiciones puede denegarse en virtud del apartado 9 del artículo 29 o, en su defecto, en virtud de los principios expuestos en los párrafos 60 y 61 anteriores. En tal caso no se apreciará conflicto alguno con las disposiciones del convenio si los beneficios se deniegan a la vez en virtud del apartado 9 del artículo 29 (o de los principios recogidos en los párrafos 60 y 61) y de las normas específicas antiabuso contenidas en la legislación interna. Estas últimas, no obstante, se formulan habitualmente haciendo referencia a criterios objetivos, como la existencia de un determinado nivel de participación accionarial o una determinada ratio deuda/fondos propios. Si bien esto facilita la aplicación de estas normas y proporciona una mayor certidumbre, en ocasiones puede entrañar su aplicación en casos en los que entre en conflicto con una disposición del Convenio y en los que el apartado 9 del artículo 29 no sea aplicable para denegar los beneficios de dicha disposición (y tampoco lo sean los principios de los párrafos 60 y 61). En tal caso, el Convenio no permitirá la aplicación de la norma interna en la medida en que sea incompatible con el Convenio. Un ejemplo de ello sería cuando una norma fiscal interna, adoptada por el Estado A para impedir cambios temporales de residencia a efectos fiscales, determinara la tributación de una persona física residente del Estado B por las ganancias derivadas de la enajenación de un bien situado en un tercer Estado cuando dicha persona física fuera residente del Estado A en el momento de adquisición del bien y continuara siendo residente del Estado A durante al menos siete de los diez años que preceden a la enajenación. En ese caso, en la medida en que el apartado 5 del artículo 13 impediría al Estado A gravar las ganancias de esa persona derivadas de la enajenación del bien, el Convenio impedirá la aplicación de dicha norma interna a menos que la aplicación de los beneficios previstos en el apartado 5 del artículo 13 pudieran denegarse en ese caso concreto, en virtud del apartado 9 del artículo 29 o de los principios expuestos en los párrafos 60 y 61 anteriores.

75. Cuarto, también es posible que la denegación de los beneficios del convenio venga provocada por la jurisprudencia o por principios interpretativos en materia de convenios (véase el párrafo 78 más adelante). En ese caso, no habrá conflicto con las disposiciones del convenio si los beneficios se deniegan en virtud tanto de una interpretación adecuada del convenio como de la aplicación de normas específicas antiabuso del derecho interno. Supongamos, por ejemplo, que la legislación interna del Estado A prevé la imposición de las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad de ese Estado en la que el enajenante tenga una participación superior al 25 por ciento del capital cuando éste haya sido residente del Estado A durante al menos siete de los 10 años previos a la enajenación. En el año 2, una persona física que ha sido residente del Estado A durante los 10 años anteriores pasa a ser residente del Estado B. Al poco tiempo, esta persona vende la totalidad de las acciones de una pequeña sociedad que él mismo había constituido en el Estado A. No obstante, los hechos revelan que en el año 1 ya estaban cerrados todos los elementos de la venta, que

el comprador concedió al vendedor un "préstamo" sin intereses por un importe equivalente al precio de la venta, que el comprador canceló el préstamo en cuanto se ejecutó la venta de las acciones en el año 2 y que el comprador ejerció, de facto, el control sobre la sociedad desde el año 1. Aunque la ganancia derivada de la venta de las acciones pudiera, en otras circunstancias, acogerse al apartado 5 del artículo 13 del convenio suscrito entre los Estados A y B, las circunstancias que rodean a la transmisión de las acciones son tales que puede entenderse que la enajenación realizada en el año 2 constituye una simulación conforme al significado dado a este término por los tribunales del Estado A. Siendo así, y, en la medida en que la doctrina desarrollada por los tribunales del Estado A en materia de simulación no entre en conflicto con las normas de interpretación de los convenios, será posible aplicarla al interpretar el apartado 5 del artículo 13 del convenio entre los Estados A y B, permitiendo así al Estado A gravar la ganancia conforme a su norma interna.

Normas generales antiabuso

76. Muchos países incluyen en su ordenamiento interno una norma antiabuso de alcance general destinada a combatir los instrumentos abusivos que no queden convenientemente cubiertos por las normas específicas antiabuso o por la jurisprudencia.

77. La aplicación de estas normas generales antiabuso también suscita dudas sobre su posible conflicto con las disposiciones de un convenio tributario, si bien, en la gran mayoría de los casos no surgirá conflicto alguno. En primer lugar, estos conflictos pueden evitarse por razones similares a las ya vistas en los párrafos 72 y 73 *supra*. Además, cuando los aspectos fundamentales de estas normas generales antiabuso sean acordes con el principio recogido en el párrafo 61 anterior y sean por tanto similares a los principales aspectos del apartado 9 del artículo 29 que incorpora este principio rector, es evidente que no existirá tal conflicto, pues la norma general interna en cuestión será aplicable en las mismas circunstancias en las que se denegarían los beneficios del Convenio en virtud del apartado 9 del artículo 29 o, en su ausencia, en virtud del principio rector del párrafo 61 anterior.

Doctrinas jurisprudenciales que son parte del ordenamiento interno

78. Al interpretar la legislación tributaria en casos de elusión fiscal, los tribunales de muchos países han desarrollado una serie de doctrinas jurisprudenciales o principios interpretativos. Doctrinas como, por ejemplo, la de la primacía del fondo sobre la forma, la sustancia económica, la simulación, el propósito empresarial, la doctrina de la unicidad del conjunto de las operaciones al efecto de su calificación tributaria (*step transaction doctrine*), el abuso de Derecho y el *fraus legis*. Estas doctrinas y principios interpretativos, que varían de un país a otro y que evolucionan con el tiempo en función de los cambios y precisiones que introducen las sentencias posteriores, reflejan, esencialmente, el punto de vista de los tribunales sobre cómo ha de interpretarse la legislación tributaria. Aunque la interpretación de los convenios fiscales se rija por las normas generales de interpretación codificadas en los artículos 31 a 33 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, estas normas generales no impiden la aplicación de doctrinas jurisprudenciales y principios similares a la interpretación de las disposiciones de los convenios. Si, por ejemplo, los tribunales de un país han adoptado una norma de interpretación según la que las disposiciones de la legislación interna en materia fiscal deben aplicarse partiendo de la sustancia económica de ciertas operaciones, nada im-

pide la adopción de un enfoque similar en lo que concierne a las disposiciones de un convenio a operaciones similares. Esto se ilustra con el ejemplo del párrafo 75 anterior.

79. Como norma general, y teniendo en cuenta el párrafo 61, el análisis precedente permite concluir por tanto que no habrá conflicto entre los convenios tributarios y las doctrinas jurisprudenciales antiabuso o las normas generales antiabuso del derecho interno. Por ejemplo, en la medida en que la aplicación de una norma general antiabuso del derecho interno o de una doctrina jurisprudencial como la "primacía del fondo sobre la forma" o "la sustancia económica" se traduzca en una calificación distinta de la renta o en la reconsideración de quién es el contribuyente al que se considera perceptor de la renta, las disposiciones del Convenio se aplicarán teniendo en cuenta estos cambios.

80. Aun cuando estas normas no entren en conflicto con los convenios tributarios, existe el consenso de que los países miembros deben cumplir escrupulosamente las obligaciones específicas incluidas en los convenios tributarios en tanto que no exista prueba manifiesta de uso indebido de los mismos.

Normativa sobre las sociedades extranjeras controladas

81. Un número significativo de países han adoptado disposiciones relativas a la transparencia fiscal internacional para combatir los problemas relacionados con el uso de sociedades extranjeras controladas. Aunque el diseño de esta clase de legislación varía considerablemente entre los distintos países, un rasgo común de estas normas –consideradas ahora, en el ámbito internacional, como instrumentos legítimos para proteger la base imponible nacional– es que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. En ocasiones se argumentó, sobre la base de cierta interpretación de algunas disposiciones del Convenio, como el apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10, que este rasgo común de las normativas sobre transparencia fiscal internacional era contrario a dichas disposiciones. Sin embargo, puesto que esta normativa da lugar a que un Estado grave a sus propios residentes, el apartado 3 del artículo 1 confirma que no contraviene los convenios. Se puede llegar a esta misma conclusión respecto de los convenios que no incluyan una cláusula similar a la del apartado 3 del artículo 1; por las razones explicadas en los párrafos 14 de los Comentarios al artículo 7 y 37 de los Comentarios al artículo 10, la interpretación según la cual estos artículos pudieran impedir la aplicación de la normativa sobre transparencia fiscal internacional no es conforme con el texto del apartado 1 del artículo 7 y del apartado 5 del artículo 10. Tampoco se sostiene cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la normativa sobre transparencia fiscal internacional no es contraria al Convenio, tal precisión es innecesaria. Se admite que la normativa sobre transparencia fiscal internacional así configurada no contraviene las disposiciones del Convenio.

Limitación de los beneficios de los convenios respecto de las rentas que se benefician de ciertas características de los sistemas tributarios de otro Estado

82. Como se señaló en el párrafo 15.2 de la Introducción

> ... [partiendo] del principio de que si un Estado acepta una disposición del convenio que restringe su derecho a gravar ciertos elementos de renta, generalmente lo hace entendiendo que dichos elementos de renta son gravables en el otro Estado. Cuando en un Estado el impuesto que grava una renta es bajo o nulo, los demás Estados deben valorar si existen riesgos de doble imposición que justifiquen, por sí solos, la existencia de un convenio. Los Estados también deberán tener en cuenta si existen elementos en el sistema tributario de otro Estado que puedan incrementar el riesgo de no imposición, lo que puede incluir ventajas fiscales diseñadas de tal forma que no afecten a la economía interna de ese Estado.

83. Un Estado puede considerar que ciertas características del sistema tributario de otro Estado no son suficientes para impedir la conclusión de un convenio tributario, pero pueden tener interés en que el convenio no se aplique a rentas que se someten a baja o nula tributación por razón de estas características. Cuando en el momento de la negociación del convenio se conocen las características pertinentes del sistema tributario del otro Estado, es posible redactar disposiciones que denieguen expresamente la aplicación de los beneficios del convenio a las rentas que se benefician de dichas características (véase, por ejemplo, el párrafo 108 más adelante).

84. Estas características pueden, no obstante, introducirse en el sistema tributario de un cosignatario de un convenio tras la conclusión de este, o pueden conocerse una vez que el convenio haya entrado en vigor. Por tanto, una vez concluido un convenio, un Estado contratante puede inquietarse por ciertas características del sistema tributario de su cosignatario, de las que no tenía conocimiento previamente, o que hayan pasado a formar parte del sistema tributario de este otro Estado con posterioridad. Las disposiciones sobre transparencia fiscal internacional (véase el párrafo 81 anterior) y otros enfoques planteados en la sección anterior sobre el "uso indebido de los convenios" pueden ser de ayuda al abordar algunas de estas características, pero dado que las dificultades que provocan se derivan del diseño de las leyes fiscales de los cosignatarios de los convenios y no de estrategias de elusión elaboradas por los contribuyentes o por sus asesores, los Estados contratantes pueden querer resolverlas mediante la inclusión de disposiciones específicas en los convenios. En la sección siguiente se incluyen ejemplos de disposiciones que pueden adoptarse a este fin.

Disposiciones sobre regímenes fiscales especiales

85. Los convenios pueden incluir disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas respecto de rentas que se benefician de regímenes que cumplen los criterios para incluirse en la definición general de "régimen fiscal especial". Por ejemplo, pueden denegarse los beneficios de los artículos 11 y 12 a intereses y cánones que procedan de una persona relacionada si dichos intereses y cánones se beneficiaron de un régimen fiscal especial en el Estado de residencia de su beneficiario efectivo; este objetivo puede lograrse añadiendo a los artículos 11 y 12 una disposición redactada en términos similares a los que se expresan a continuación (que pueden adaptarse a las circunstancias propias de los Estados contratantes o para que encajen en las restantes disposiciones del convenio):

> No obstante lo dispuesto en [(en el caso del artículo 11): los apartados 1 y 2, pero con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4] [(en el caso del artículo 12): apartado 1 pero con sujeción a lo dispuesto en el apartado 3] de este artículo, [los intereses] [los cánones] procedentes de un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado contratante que esté relacionado con el pagador,

pueden someterse a imposición en el Estado contratante mencionado en primer lugar conforme a su legislación interna cuando dicho residente se beneficie de un régimen especial aplicable a los [intereses] [cánones] en el Estado del que es residente.

A los fines de la disposición anterior, la referencia a un residente que está "relacionado" al pagador debe interpretarse conforme a la definición del término "persona relacionada" incluida en el párrafo 7 de los Comentarios al artículo 29. Como se señala en el párrafo 127 de dichos Comentarios, si la disposición anterior se incluye en el convenio, lo lógico sería incluir esa definición en el apartado 1 del artículo 3, que comprende las definiciones que se aplican a todo el Convenio. Sin embargo, algunos Estados pueden preferir reemplazar la referencia a un residente que está "relacionado" con el pagador por otra a un residente "estrechamente vinculado" al pagador. La principal diferencia es que, a diferencia de la definición de persona "relacionada", la definición de persona "estrechamente vinculada" que recoge el apartado 8 del artículo 5 no se aplica cuando una persona participa, directa o indirectamente exactamente en el 50 por ciento del total del derecho de voto y del valor de otra persona (si la definición de persona "estrechamente vinculada" se utiliza a los fines de la disposición anterior, sería lógico incluir la definición en el apartado 1 del artículo 3).

86. Igualmente, la disposición anterior debería completarse con la definición de lo que constituye un "régimen fiscal especial", que podría redactarse en los términos que siguen y añadirse a la lista de definiciones generales incluidas en el apartado 1 del artículo 3:

el término "régimen fiscal especial" significa cualquier legislación, regulación o práctica administrativa de un Estado contratante en relación con uno de los impuestos recogidos en el artículo 2, que cumpla todas las siguientes condiciones:

(i) que este régimen genere uno o más de los siguientes resultados:

A) un tipo de gravamen preferente aplicable a los intereses, cánones o a una combinación de ambos en comparación con el tipo aplicable a la renta procedente de la venta de bienes o servicios;

B) una reducción permanente de la base imponible en relación con los intereses, cánones o una combinación de ambos, sin que exista una reducción similar aplicable a las rentas procedentes de la venta de bienes o servicios, permitiendo:

1) la exclusión de los ingresos brutos;

2) una deducción sin el correspondiente pago u obligación de pago;

3) la deducción de los dividendos pagados o debidos; o

4) una imposición no acorde con los principios del artículo 7 o del artículo 9, o

C) un tipo de gravamen preferente o una reducción permanente en la base imponible como los descritos en los subapartados 1), 2), 3) o 4) del apartado *B*) anterior en relación con la casi totalidad de las rentas de una sociedad o con la casi totalidad de sus rentas de fuente extranjera, en el caso de sociedades que no desempeñen una actividad económica en ese Estado contratante;

(ii) en caso de tipos de gravamen preferentes o reducciones permanentes en la base imponible de los cánones, que este régimen no condicione estos beneficios

A) a la importancia de las actividades de investigación y desarrollo que se realizan en el Estado contratante; o

B) a los gastos (excluyendo los gastos relacionados con la subcontratación con una persona vinculada, o con costes de adquisición) en los que incurra la persona que disfruta de los beneficios a fin de ejercer actividades reales de investigación y desarrollo;

(iii) que, en términos generales, quepa esperar que dé como resultado un tipo de gravamen inferior al menor entre:

A) [tipo acordado bilateralmente]; o

B) el 60 por ciento del tipo de gravamen general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable en el otro Estado contratante;

(*iv*) que no se aplique principalmente a:

A) los fondos de pensiones reconocidos;

B) organizaciones establecidas o mantenidas exclusivamente con fines religiosos, benéficos, científicos, artísticos, culturales o educativos;

C) personas cuya imposición se produzca en un único nivel, bien en el suyo propio o en el de sus accionistas o partícipes (con diferimiento máximo de un año), que posean una cartera diversificada de valores, que estén sujetas a una regulación de protección del inversor en el Estado contratante y cuyas participaciones se comercialicen principalmente a pequeños inversores; o

D) personas cuya imposición se produzca en un único nivel, bien en el suyo propio o en el de sus accionistas o partícipes (con diferimiento máximo de un año) y que posean principalmente bienes inmuebles; y

(*v*) que, previa consulta al Estado contratante mencionado en primer lugar, el otro Estado contratante informe por conducto diplomático a ese primer Estado de que el régimen cumple las condiciones recogidas en las subdivisiones (*i*) a (*iv*) de este subapartado.

Ninguna legislación, regulación o práctica administrativa se considerará como "régimen fiscal especial" hasta que transcurra un plazo de 30 días desde la fecha en la que el otro Estado contratante emita una notificación pública y por escrito indicando que el régimen responde a las condiciones expuestas en las subdivisiones (*i*) a (*iv*) de este subapartado.

87. La definición del término "régimen fiscal especial" contenida en el párrafo anterior se aplica a toda legislación, regulación o práctica administrativa (incluyendo resoluciones administrativas) que exista antes de la firma del convenio o que entre en vigor tras la firma del convenio y que satisfaga las cinco condiciones que se exponen a continuación.

88. En virtud de la primera condición, descrita en la letra (*i*) de la definición, el régimen debe generar uno o más de los siguientes resultados:

A. un tipo de gravamen preferente aplicable a los intereses, cánones o a una combinación de ambos en comparación con el tipo aplicable a la renta procedente de la venta de bienes o servicios;

B. una reducción permanente de la base imponible en relación con los intereses, cánones o una combinación de ambos, sin que exista una reducción similar aplicable a las rentas procedentes de la venta de bienes o servicios, o

C. un tipo de gravamen preferente o una reducción permanente en la base imponible en relación con la casi totalidad de las rentas de una sociedad o con la casi totali-

dad de sus rentas de fuente extranjera, en el caso de sociedades que no desempeñen una actividad económica en ese Estado contratante. Esta parte de la definición tiene por objeto identificar los regímenes que, de forma general, gravan las rentas móviles en condiciones más favorables que las rentas que solo pueden generarse un emplazamiento geográfico específico.

89. Como determina la cláusula *A*), la condición de la letra (*i*) se cumple si un régimen prevé un tipo de gravamen preferente para intereses, cánones o una combinación de ambos en comparación con el tipo aplicable a la renta procedente de la venta de bienes o servicios. Por ejemplo, un régimen que prevé un tipo de gravamen preferente sobre los cánones percibidos por sociedades residentes, pero que no prevé ese tipo preferente para las rentas procedentes de las ventas o servicios cumpliría esta condición. Asimismo, un régimen que prevé un tipo de gravamen preferente para todas las categorías de renta, aunque de hecho el tipo se aplique principalmente a los intereses, cánones o a una combinación de ambos, satisfará el criterio de la letra (*i*) aunque el tratamiento preferente no se limite expresamente a esas categorías de renta. Por ejemplo, la práctica administrativa de una administración tributaria consistente en evacuación rutinaria de resoluciones administrativas por las que se conceda un tipo de gravamen preferente para las sociedades que declaren percibir principalmente rentas en forma de intereses (como las sociedades de financiación de un grupo) satisfaría la letra (*i*) aun cuando, desde el punto de vista técnico, mediante dichas resoluciones se aplique el tipo de gravamen preferente a todas las categorías de renta.

90. De forma similar, conforme a la cláusula *B*), la letra (*i*) se cumple si un régimen prevé una reducción permanente en la base imponible para los intereses, cánones o una combinación de ambos y no la prevé para las rentas procedentes de la venta de bienes o servicios, por uno o más de los procedimientos siguientes: la exclusión de los ingresos brutos (como una reducción fija y automática del importe de los cánones integrado en las rentas, cuando dicha reducción no sea aplicable también a las rentas procedentes de la venta de bienes o servicios); una deducción sin el correspondiente pago u obligación de pago; una deducción por los dividendos pagados o debidos; o una imposición no acorde con los principios de los artículos 7 o 9 del Convenio. Un ejemplo de un régimen fiscal que generaría una imposición no acorde con los principios del artículo 9 sería un régimen en virtud del que no se atribuyera un devengo de intereses en relación con un efecto comercial sin intereses que tuviera una sociedad residente de un Estado contratante, emitido por una empresa asociada residente del otro Estado contratante.

91. Las reducciones permanentes en la base imponible en un Estado no derivan meramente de diferencias temporales. Por ejemplo, el hecho de que un país concreto no grave los intereses hasta el momento en que efectivamente se pagan, en lugar de en el momento del devengo económico, no se considera como un régimen que otorgue una reducción permanente de la base imponible, dado que esta norma constituye una diferencia temporal ordinaria. Sin embargo, de un régimen que genere un diferimiento excesivo durante un período de muchos años, sí se considera que reduce de forma permanente la base imponible ya que tal norma, en el fondo, constituye una diferencia permanente en la base del país que aplica el impuesto.

92. Por otro lado, como determina la cláusula *C*), la condición de la letra (*i*) se cumple si un régimen prevé un tipo de gravamen preferente o una reducción permanente en la base im-

ponible (como la descrita anteriormente) en relación con la casi totalidad de las rentas, o de las rentas de fuente extranjera, de sociedades que no desempeñen una actividad económica en el Estado contratante. Por ejemplo, los regímenes que prevén tipos de gravamen preferentes solo para las rentas de las sociedades de financiación del grupo o las sociedades de cartera cumplirán, en términos generales, los criterios de la letra (*i*).

93. Un régimen que prevé un tratamiento fiscal preferente de aplicación general para todas las rentas (en concreto a las rentas procedentes de ventas y servicios) y para todos los sectores de actividad no satisface el criterio de la letra (*i*). Entre los ejemplos de disposiciones de aplicación general que no satisfacen la letra (*i*) se encuentran aquellos que permiten deducciones fijas, amortizaciones aceleradas, la consolidación fiscal respecto del impuesto de sociedades, la deducción de los dividendos percibidos, el traslado de pérdidas a ejercicios futuros y los créditos por impuestos pagados en el extranjero.

94. La segunda condición, descrita en la letra (*ii*) de la definición, se aplica únicamente en relación con los cánones y se cumple cuando un régimen no condiciona los beneficios, tanto por lo que respecta a la importancia de las actividades de investigación y desarrollo que se realizan en el Estado contratante, como a los gastos (excluyendo los gastos relacionados con la subcontratación con una persona vinculada, o con los costes de adquisición) en los que incurra la persona que disfruta de los beneficios a fin de ejercer actividades reales de investigación y de desarrollo. La letra (*ii*) tiene por objeto garantizar que los cánones que se benefician de un régimen fiscal favorable para los ingresos derivados de la cesión de patentes y otros activos intangibles (*patent box* o *innovation box*) puedan optar a los beneficios de un convenio únicamente cuando dichos regímenes satisfacen una de esas dos condiciones. Algunos Estados pueden preferir, no obstante, que se restrinjan los requisitos de la letra (*ii*) de forma que únicamente se cumplan cuando un régimen condicione los beneficios a la importancia de las actividades de investigación y desarrollo que se llevan a cabo en el Estado contratante. Los Estados que compartan este punto de vista pueden preferir utilizar la siguiente versión alternativa de la letra (*ii*):

> (ii) en caso de tipos de gravamen preferentes o reducciones permanentes en la base imponible de los cánones, que este régimen no condicione estos beneficios a la importancia de las actividades de investigación y desarrollo que se llevan a cabo en el Estado contratante;

En virtud de cualquiera de estas dos versiones de la letra (*ii*), los regímenes de cánones que el Foro Global sobre prácticas perniciosas de la OCDE haya estudiado y no haya considerado como "perniciosos" no satisfacen, en términos generales, los requisitos de la subdivisión (*ii*) y, por tanto, no se considerarán como regímenes fiscales especiales.

95. La tercera condición, descrita en la letra (*iii*) de la definición, exige que en términos generales quepa esperar que el régimen dé como resultado un tipo de gravamen inferior al menor de los siguientes: el tipo que convengan bilateralmente los Estados contratantes y el 60 por ciento del tipo de gravamen general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado contratante que considere que el régimen del otro Estado es potencialmente un "régimen fiscal especial".

96. Los Estados pueden encontrar útil precisar las referencias al "tipo de gravamen" a los efectos de la letra (*iii*) incluyendo lo que sigue en un instrumento que refleje el modo de interpretar el convenio que hayan convenido:

A excepción de lo previsto a continuación, el tipo impositivo se determinará siguiendo los principios de cálculo del impuesto sobre la renta del Estado contratante que aplique el régimen en cuestión. Por tanto, en el caso de un régimen que prevea únicamente un tipo de gravamen preferente, el tipo de gravamen general será igual a dicho tipo preferente. En el caso de un régimen que prevea únicamente una reducción permanente de la base imponible, el tipo de impositivo será igual al tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado contratante a las sociedades sujetas al régimen en cuestión, minorado en el resultado de multiplicar dicho tipo por el porcentaje de reducción en la base imponible [la base de referencia se determinará según los principios del Estado contratante, pero sin tener en cuenta las deducciones permanentes en la base imponible descritas en la cláusula *B*) de la letra (*i*)] que normalmente ofrezca el régimen. Por ejemplo, un régimen que prevea normalmente una reducción permanente del 20 por ciento en la base imponible de una sociedad tendrá un tipo de gravamen aplicable igual al tipo reglamentario reducido en un 20 por ciento. En el caso de un régimen que prevea tanto el tipo preferente como la reducción permanente en la base imponible, el tipo de gravamen se basará en el tipo de gravamen preferente minorado en el resultado de multiplicar dicho tipo por el porcentaje de reducción en la base imponible.

97. El párrafo anterior permite precisar que el tipo de gravamen debe determinarse siguiendo los principios de cálculo del impuesto sobre la renta del Estado contratante que aplique el régimen en cuestión. Por tanto, en el caso de un régimen que prevea únicamente un tipo de gravamen preferente, el tipo de gravamen general será igual a dicho tipo preferente. En el caso de un régimen que prevea únicamente una reducción permanente de la base imponible, el tipo de gravamen será igual al tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado contratante a las sociedades sujetas al régimen en cuestión, minorado en el resultado de multiplicar dicho tipo por el porcentaje de reducción en la base imponible [la base de referencia se determinará según los principios del Estado contratante, pero sin tener en cuenta las deducciones permanentes en la base imponible descritas en la cláusula *B*) de la letra (*i*) de la definición] que normalmente ofrezca el régimen. Por ejemplo, un régimen que prevea normalmente una reducción permanente del 20 por ciento en la base imponible de una sociedad tendrá un tipo de gravamen aplicable igual al tipo reglamentario reducido en un 20 por ciento. Por tanto, si el tipo reglamentario vigente en un Estado contratante fuera el 25 por ciento, el tipo de gravamen resultante de dicho régimen sería 20 por ciento [$25 - (25 \times 0.20)$]. En el caso de un régimen que prevea tanto el tipo preferente como la reducción permanente en la base imponible, el tipo de gravamen se basará en el tipo de gravamen preferente minorado en el resultado de multiplicar dicho tipo por el porcentaje de reducción en la base imponible.

98. La cuarta condición, descrita en la letra (*iv*) de la definición, dispone que no se considerará que un régimen es un régimen fiscal especial cuando se aplique principalmente a fondos de pensiones u organizaciones establecidas o mantenidas exclusivamente con fines religiosos, benéficos, científicos, artísticos, culturales o educativos. En aplicación de la letra (*iv*), tampoco se considerará que un régimen es un régimen fiscal especial cuando se aplique principalmente a personas cuya imposición se produzca en un único nivel, bien en el suyo propio o en el de sus accionistas o partícipes (con diferimiento máximo de un año), que posean una cartera diversificada de valores, que estén sujetas a una regulación de protección del inversor en el Estado de residencia y cuyas participaciones se comercialicen principalmente a pequeños inversores. Esta categoría se correspondería normalmente con las instituciones de inversión colectiva a las que se hace referencia en el apartado 22 más arriba. Otra excepción prevista en la letra (*iv*) es la correspondiente a los regímenes que se aplican principalmente a

personas cuya imposición se produzca en un único nivel, bien en el suyo propio o en el de sus accionistas o partícipes (con diferimiento máximo de un año) y que posean principalmente bienes inmuebles.

99. La quinta condición, descrita en la letra (*v*) de la definición, determina que los Estados contratantes que deseen tratar un régimen del otro Estado como "régimen fiscal especial" deben consultar previamente al otro Estado contratante y notificar a ese Estado por conducto diplomático que ha determinado que el régimen cumple las restantes condiciones de la definición.

100. La parte final de la definición dispone que los Estados contratantes que deseen tratar un régimen del otro Estado como "régimen fiscal especial" debe emitir una notificación pública y por escrito informando de que el régimen se ajusta a la definición. A los efectos del Convenio, los regímenes fiscales especiales se considerarán como tal una vez transcurrido un plazo de 30 días desde la fecha de dicha notificación pública.

Disposición sobre modificaciones ulteriores en la legislación interna

101. Si bien la disposición propuesta más arriba sobre regímenes fiscales especiales permitiría tratar la cuestión de los regímenes fiscales específicos, no abarcaría las modificaciones más generales que pudieran introducirse en la legislación interna de un cosignatario de un convenio tras la conclusión de este, y que de haber existido previamente hubieran impedido la conclusión del convenio. Por ejemplo, algunos Estados contratantes pueden inquietarse si el tipo de gravamen total sobre la renta de las sociedades que aplica otro Estado se sitúa por debajo de lo que ellos consideran aceptable a los efectos de concluir un convenio. Algunos Estados pueden inquietarse también si un Estado que, en el momento de concluir el convenio, grava la mayoría de las rentas de fuente extranjera, decide posteriormente dejar exentas dichas rentas cuando la perceptora sea una sociedad residente. A continuación se recoge un ejemplo de disposición que permitiría responder a estas preocupaciones, siendo evidente que tal disposición deberá limitarse o ampliarse de forma que cubra adecuadamente las áreas específicas que preocupen a cada Estado:

1. Si en cualquier momento posterior a la firma de este Convenio, un Estado contratante

   a) reduce el tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable a la casi totalidad de las rentas de sociedades residentes, con el resultado de un tipo de gravamen inferior al menor entre

      (*i*) [tipo acordado bilateralmente]; o

      (*ii*) el 60 por ciento del tipo de gravamen general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable en el otro Estado contratante, o

   b) el Estado contratante mencionado en primer lugar concede una exención a las sociedades residentes sobre prácticamente la totalidad de las rentas obtenidas de fuente extranjera (incluyendo intereses y cánones),

   los Estados contratantes se consultarán con el fin de modificar este Convenio para restablecer una adecuada distribución de las potestades tributarias entre ellos. Si no se obtuvieran resultados mediante dichas consultas, el otro Estado puede notificar por vía diplomática al Estado mencionado en primer lugar que dejará de aplicar las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 21. En tal caso, las disposiciones de dichos artículos dejarán de surtir efectos en ambos Estados contratantes respecto de los pagos efectuados a sociedades residentes seis meses después de la fecha en la

que el otro Estado contratante emita por escrito una notificación pública indicando que dejará de aplicar las disposiciones de estos artículos.

2. A los fines de determinar el tipo general reglamentario aplicable a las sociedades:

a) se tendrá en cuenta la existencia de deducciones de disponibilidad general, basadas en un porcentaje de lo que de otro modo hubiera sido la renta imponible, y otros mecanismos análogos que permitan obtener una reducción del tipo de gravamen total; y

b) no se tendrán en cuenta:

(*i*) los impuestos que se apliquen a las sociedades o a los accionistas o partícipes únicamente en caso de distribución por dicha sociedad; y

(*ii*) el importe de los impuestos reembolsables tras la distribución de un dividendo por la sociedad.

102. Según esta disposición, si en cualquier momento tras la firma del Convenio cualquiera de los Estados contratantes adopta ciertas modificaciones en su legislación interna, las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 21 pueden dejar de surtir efecto respecto de los pagos efectuados a sociedades si, tras consultarse, los Estados contratantes no logran llegar a un acuerdo sobre el modo de modificar el Convenio para restablecer una adecuada distribución de las potestades tributarias entre ellos.

103. El apartado 1 de la disposición propuesta aborda dos tipos de cambios *a posteriori* que podría hacer un Estado, tras la firma del convenio, respecto de las normas fiscales aplicables a las sociedades residentes en ese Estado. El primero sería el caso de que el Estado redujera el tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades aplicable a la práctica totalidad de las rentas de sus sociedades residentes, con el resultado de que dicho tipo fuera inferior al menor entre el que se acordara bilateralmente o el 60 por ciento del tipo general del impuesto aplicable en el otro Estado.

104. A los fines del apartado 1, la expresión "tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades" significa el tipo general del impuesto sobre sociedades previsto en la legislación. En caso de tipos progresivos en el impuesto, esta expresión designa el tipo marginal más elevado, siempre que dicho tipo se aplique a una parte significativamente amplia de los contribuyentes sujetos al impuesto y que no se haya determinado con el único fin de circunvenir la aplicación de este artículo. Un tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades que se aplique a los beneficios procedentes de actividades económicas o a las rentas denominadas "comerciales" (en sentido amplio a fin de incluir las rentas procedentes de la fabricación, los servicios o las operaciones con bienes o materias primas) deberá considerarse aplicable a la casi totalidad de las rentas de las sociedades residentes, aun cuando ciertas categorías limitadas de rentas (entre otras rentas de carteras de inversiones u otras actividades pasivas) queden excluidas. Un tipo reducido del impuesto que se aplique únicamente respecto de las ganancias de capital quedaría excluido del ámbito de este artículo. La distinción entre beneficios derivados de actividades económicas y ganancias de capital deberá hacerse conforme a la legislación interna del Estado de residencia. El apartado 2 cubre las cuestiones específicas que pueden surgir al definir el significado de "tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades" de un Estado. El subapartado *a*) del apartado 2 dispone que el apartado 1 se aplica de la misma forma a las reducciones en el tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades que a otros cambios en la legislación interna que gene-

ren el mismo efecto a través de un mecanismo distinto. Por ejemplo, si el tipo reglamentario del impuesto sobre sociedades en un Estado contratante era el 20 por ciento pero, tras la firma del Convenio, las sociedades residentes en el Estado contratante pueden aplicar deducciones que alcancen el 50 por ciento de lo que hubiera sido su base imponible, el tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades sería del 10 por ciento (20 – (20 x 0.50)). Del mismo modo, si el tipo reglamentario del impuesto sobre sociedades en un Estado contratante fuera del 20 por ciento pero, tras la firma del Convenio, las sociedades residentes en el Estado contratante pueden deducir un importe igual a un porcentaje de sus fondos propios hasta el 50 por ciento de lo que hubiera constituido su base imponible y, en general, la mayoría de las sociedades pueden aprovechar la máxima deducción prevista, el tipo general del impuesto sería el 10 por ciento. El subapartado *b*) del apartado 2 expone los impuestos que no deben considerarse a los efectos de determinar el tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades. En primer lugar, como se establece en la letra (*i*) del subapartado *b*), los impuestos que se apliquen tanto a nivel de las sociedades como de los accionistas o partícipes cuando la sociedad distribuya ganancias no se tendrán en cuenta para determinar el tipo general del impuesto sobre sociedades (por ejemplo, si las sociedades residentes no están sujetas a nivel de la sociedad hasta el momento en que distribuyen un beneficio, el impuesto exigido sobre dicha distribución no se considerará parte del tipo general del impuesto sobre sociedades). En segundo lugar, como se prevé en la letra (*ii*) del subapartado *b*), la parte del impuesto sobre sociedades que, conforme al derecho interno del país, sea reembolsable en el momento en que una sociedad distribuye un dividendo, tampoco se tendrá en cuenta a los efectos de determinar el tipo general reglamentario del impuesto sobre sociedades.

105. El segundo tipo de modificaciones *a posteriori* en la legislación interna que recoge el apartado 1 sería el caso de un Estado que otorgue una exención a sociedades residentes de ese Estado respecto de la casi totalidad de sus rentas de fuente extranjera (incluyendo intereses y cánones). La referencia a una exención por la práctica totalidad de las rentas de fuente extranjera obtenidas por una entidad residente pretende describir un sistema fiscal en el que la renta (incluyendo la renta de intereses y cánones) procedente de fuera de ese Estado, está exenta de imposición únicamente por razón de su procedencia extranjera (los denominados sistemas "territoriales"). Esta referencia no comprende los sistemas tributarios conforme a los que únicamente los dividendos de fuente extranjera o los beneficios de actividades económicas procedentes de establecimientos permanentes extranjeros están exentos del impuesto en el Estado de residencia (los denominados sistemas "de exención de dividendos").

106. Cuando se den uno u otro de estos tipos de modificaciones ulteriores en la legislación interna, como primera instancia, los Estados contratantes tendrán que consultarse entre sí a fin de acordar modificaciones en el Convenio que restablezcan una adecuada distribución de las potestades tributarias entre ellos. En el caso de llegar a un acuerdo sobre dichas modificaciones, o de que los Estados contratantes acuerden, tras consultarse, que la distribución de las potestades tributarias según el Convenio no ha quedado alterada por el cambio efectuado en la legislación interna de uno de los Estados, el apartado 1 no tendrá mayor aplicación. Si, por el contrario, tras un plazo razonable, dichas consultas no progresan, el otro Estado puede notificar al Estado que ha modificado su legislación interna, por conducto diplomático, que dejará de aplicar las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 21. Una vez efectuada tal notificación por vía diplomática, para poder aplicar el apartado 1 el Estado de la fuente debe anunciar mediante notificación pública, realizada por escrito, que dejará de aplicar las disposiciones de

esos artículos. Una vez transcurridos seis meses desde la fecha de publicación de esa notificación, las disposiciones de esos artículos dejarán de surtir efectos en ambos Estados contratantes respecto de los pagos efectuados a sociedades residentes de cualquiera de ellos.

Disposición relativa a deducciones ficticias en relación con fondos propios

107. Un ejemplo de un régimen fiscal respecto del que los beneficios del convenio pueden restringirse específicamente sería el de las disposiciones del derecho interno que prevén una deducción ficticia en relación con los fondos propios. Los Estados contratantes que estén de acuerdo en impedir la aplicación de las disposiciones del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se beneficien de dichas deducciones ficticias, pueden hacerlo incluyendo en el artículo 11 la siguiente disposición:

> 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, los intereses procedentes de un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado contratante que esté relacionado con el pagador (en el sentido del apartado 8 del artículo 5) podrán someterse a imposición en el Estado contratante mencionado en primer lugar conforme a su legislación interna cuando dicho residente se beneficie, en cualquier momento durante el ejercicio fiscal en el que se paguen los intereses, de deducciones ficticias respecto de los importes que el Estado contratante del que sea residente el beneficiario efectivo considere como fondos propios.

Las explicaciones dadas en el párrafo 85 más arriba respecto de la referencia a un residente que esté "relacionado" con el pagador se aplican igualmente a los fines de esta disposición.

Disposición relativa a la Imposición de las remesas

108. Otro ejemplo de un régimen fiscal respecto del que puede restringirse expresamente el derecho a acogerse a los beneficios de los convenios es el de la imposición de las remesas. En virtud de la legislación interna de ciertos Estados, a las personas que cumplen los requisitos para ser residentes pero que carecen de lo que se considera un vínculo permanente con el Estado (en ocasiones designado con el nombre de "domicilio"), únicamente están sometidas a imposición respecto de las rentas obtenidas fuera del Estado en la medida en que se proceda a la repatriación o remisión efectiva de dichas rentas. Por tanto, dichas personas no están sujetas a una doble imposición potencial en la medida que la renta extranjera no se remita a su Estado de residencia y puede parecer injustificado que se les permita beneficiarse de las disposiciones del Convenio sobre dicha renta. Los Estados contratantes, que acuerden restringir la aplicación de las disposiciones del Convenio a la renta efectivamente gravada cuando está en poder de estas personas, lo pueden hacer añadiendo la siguiente disposición al Convenio:

> Cuando, en virtud de una disposición de este Convenio, la renta obtenida en un Estado contratante se beneficia de una exención total o parcial de impuestos en dicho Estado, y en virtud de la legislación vigente en el otro Estado una persona está, respecto de dicha renta, sometida al impuesto por la cuantía de la misma que se remite a dicho Estado o que se recibe en el mismo, y no por el importe total, toda desgravación prevista por las disposiciones del Convenio se aplicará exclusivamente a la parte de dicha renta ya gravada en el otro Estado contratante.

En algunos Estados, la aplicación de esta disposición podría crear dificultades administrativas si transcurriera un largo lapso de tiempo entre el momento en que se genera la renta en un

Estado contratante y el momento en que se grava en el otro Estado cuando llega a manos del residente de ese otro Estado. Los Estados a los que preocupen estas dificultades pueden someter la regla establecida en la última parte de la disposición referida anteriormente, a saber, que la renta en cuestión solo dará derecho a disfrutar de los beneficios aplicables en el primer Estado cuando se grave en el segundo, a la condición de que la renta se grave de esta forma en este segundo Estado en un plazo determinado a partir del momento en el que la renta se genere en el primer Estado.

Limitaciones relativas a la imposición en la fuente: aspectos procedimentales

109. Un cierto número de artículos del Convenio limita el derecho de un Estado a gravar las rentas que se generan en su territorio. Como se comenta en el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 10 referido a la tributación de dividendos, el Convenio no regula las cuestiones de procedimiento y cada Estado es libre de utilizar el procedimiento previsto en su legislación interna para imponer los límites establecidos en el Convenio. Por ello, un Estado puede limitar automáticamente el impuesto que exige conforme a las disposiciones correspondientes del Convenio, a reserva de una eventual verificación previa del derecho a los beneficios del Convenio, o puede exigir el impuesto establecido en su legislación interna y posteriormente reembolsar la parte de este que excede del impuesto que puede exigir en virtud de los dispuesto en el Convenio. Como norma general, para garantizar la aplicación ágil de los beneficios del Convenio a los contribuyentes, el primer enfoque es indudablemente el método preferible. Si es necesario el sistema de devolución, este debe centrarse en las dificultades que se observen para la determinación del derecho a los beneficios del convenio. Asimismo, cuando se adopta el segundo enfoque, es muy importante que la devolución sea expedita, en especial si no se devengan intereses sobre la cuantía de dicha devolución, ya que todo retraso injustificado en el reembolso representa un coste directo para el contribuyente.

Observaciones a los Comentarios

110. En relación con el párrafo 81, *Suiza* considera que la legislación sobre transparencia fiscal internacional puede, dependiendo del concepto en cuestión, ser contraria al espíritu del artículo 7.

Reservas al artículo

111. *Estados Unidos* se reserva el derecho a gravar, con algunas excepciones, a sus ciudadanos y residentes incluyendo a algunos ex ciudadanos y a residentes de larga duración sin tener en consideración las disposiciones del Convenio.

112. *Canadá* se reserva el derecho a limitar las entidades o instrumentos amparados por el apartado 2 a aquellos que estén establecidos en uno de los Estados contratantes.

113. *Francia* se reserva el derecho a no incluir en sus convenios el apartado 2, o a modificarlo a fin de precisar los casos en los que Francia reconocería la transparencia fiscal de entidades situadas en el otro Estado contratante o en un tercer Estado.

114. *Alemania* se reserva el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios.

115. *Portugal* se reserva el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios teniendo en cuenta las dificultades administrativas que pueden derivarse de algunas de las soluciones propuestas en el informe relativo a "La aplicación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE a las sociedades de personas" (como señala el propio informe en ciertos casos).

116. *Irlanda* se reserva el derecho a no incluir el apartado 3 en sus convenios y a modificar el apartado 2 a fin de precisar que tal apartado no podrá interpretarse en el sentido de limitar el derecho de un Estado contratante a gravar a sus propios residentes.

117. *Alemania, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo* y *Suiza* se reservan el derecho a no incluir el apartado 3 en sus convenios.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 2
RELATIVO A LOS IMPUESTOS COMPRENDIDOS EN EL CONVENIO

1. Este artículo pretende que la terminología y nomenclatura relativas a los impuestos comprendidos en el Convenio sea más precisa y aceptable, a fin de asegurar la identificación de los impuestos de los Estados contratantes comprendidos en el mismo, extender cuanto sea posible su ámbito de aplicación incluyendo, siempre que sea factible y de acuerdo con la legislación interna de los Estados contratantes, los impuestos aplicados por sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, evitando así la necesidad de firmar un nuevo convenio cada vez que se modifique la legislación interna de los Estados contratantes, así como garantizar que a cada Estado contratante se le notifiquen las modificaciones significativas de la legislación tributaria del otro Estado.

Apartado 1

2. Este apartado define el ámbito de aplicación del Convenio: los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Se ha descartado el término "impuestos directos" por ser muy impreciso. Resulta irrelevante la autoridad por cuenta de la que se exigen estos impuestos: puede tratarse del propio Estado, de sus subdivisiones políticas o de sus entidades locales (Estados federados, regiones, provincias, *départements*, cantones, distritos, *arrondissements*, *Kreise*, municipios o agrupaciones de municipios, etc.). También es indiferente el sistema de exacción: por ingreso directo o por retención en la fuente, en forma de recargos o de impuestos complementarios (*centimes additionnels*), etcétera.

Apartado 2

3. Este apartado define lo que debe entenderse por impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Dichos impuestos comprenden los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o elementos de uno u otro. Comprenden también los impuestos sobre los beneficios y las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles e inmuebles, así como los impuestos sobre las plusvalías. Por último, la definición abarca los impuestos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas (*payroll taxes* en el Reino Unido; *Lohnsummensteuer* en Alemania; *taxe sur les salaires* en Francia). Las cotizaciones a la Seguridad Social u otras similares no tendrán la consideración de "impuestos sobre el importe total de los salarios" cuando exista una relación directa entre la exacción y los beneficios individuales recibidos en contrapartida.

4. Es evidente que el Estado que tiene el derecho de gravar un elemento de renta o de patrimonio en virtud del Convenio puede aplicar los impuestos establecidos por su legislación junto con cualesquiera cargas o derechos accesorios: recargos, gastos, intereses, sanciones, etc. No se ha considerado necesario decirlo expresamente en el artículo, puesto que es obvio que un Estado contratante que tiene derecho a exigir un impuesto puede exigir también las cargas accesorias a la obligación principal. No obstante, la mayoría de los Estados no consideran que los intereses y las sanciones administrativas accesorias a los impuestos comprendidos en el artículo 2 estén incluidos en el ámbito de dicho artículo y, por tanto, no tratan dichos intereses y sanciones como pagos a los que se apliquen todas las disposiciones relativas a las potestades tributarias del Estado de la fuente (o de situación) o del Estado de residencia, lo que

abarca también las limitaciones a la imposición por el Estado de la fuente y a la obligación del Estado de residencia de eliminar la doble imposición. No obstante, cuando el impuesto se anula o reduce conforme a un acuerdo amistoso en virtud del artículo 25, los intereses y las sanciones administrativas que sean accesorios a dicho impuesto se anularán o reducirán en la medida en que estén directamente vinculados a la imposición (es decir, a la deuda tributaria) que se minora o exime en aplicación del acuerdo amistoso. Este sería el caso, por ejemplo, cuando la carga adicional se calcula en función de la cuantía del impuesto al que se refiere y las autoridades competentes convengan en que todo el montante de ese impuesto o parte de él no es acorde con las disposiciones del convenio. Así ocurriría, por ejemplo, cuando se apliquen sanciones administrativas por razón de un ajuste de precios de transferencia y ese ajuste se anule por no considerarse conforme con el apartado 1 del artículo 9.

5. El artículo no hace mención de "impuestos ordinarios" ni de "impuestos extraordinarios". En principio, se podría considerar justificada la inclusión de los impuestos extraordinarios en el Modelo de Convenio, pero la experiencia ha demostrado que tales impuestos se establecen, por lo general, en circunstancias muy especiales. Además, sería difícil definirlos. Pueden ser extraordinarios por diversas razones: su institución, su forma de exacción, sus tipos de gravamen, su objeto, etc. En estas condiciones, parece preferible no incluir los impuestos extraordinarios en el artículo pero, como no se pretende excluir los impuestos extraordinarios de todos los convenios, tampoco se mencionan los impuestos ordinarios. De esta forma, los Estados contratantes son libres de restringir el ámbito de aplicación del Convenio a los impuestos ordinarios, de extenderlo a los extraordinarios, o incluso de establecer disposiciones especiales.

Apartado 3

6. Este apartado enumera los impuestos vigentes en el momento de la firma del Convenio. La relación no es exhaustiva. Sirve para ilustrar los apartados precedentes del artículo. En principio, sin embargo, se incluirá la relación completa de los impuestos exigidos por cada Estado en el momento de la firma y que quedan cubiertos por el Convenio.

6.1. Algunos países miembros no incluyen los apartados 1 y 2 en sus convenios bilaterales. Estos países prefieren simplemente enumerar de forma exhaustiva los impuestos de cada país a los que se aplica el Convenio, precisando que el Convenio también se aplicará a los impuestos que se exijan con posterioridad y que sean similares a los enumerados. Los países que adopten este criterio pueden expresarlo como sigue:

> 1. Los impuestos a los que se aplica el Convenio son:
>
> *a)* (en el Estado A): .....
>
> *b)* (en el Estado B): .....
>
> 2. El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente similar que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo, y que se añadan a los impuestos enumerados en el apartado 1 o los sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán mutuamente las modificaciones significativas que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales.

Como se menciona en el párrafo 3 anterior, las cotizaciones a la Seguridad Social u otras similares quedan excluidas de la lista de impuestos considerados.

Apartado 4

7. Puesto que la relación de impuestos que figura en el apartado 3 es meramente declarativa, este apartado prevé que el Convenio se aplicará igualmente a todos los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente similar que se exijan en un Estado contratante con posterioridad a la fecha de la firma del Convenio y que se añadan o sustituyan a los impuestos actuales de ese Estado.

8. Cada Estado se compromete a notificar al otro las modificaciones significativas introducidas en su legislación fiscal, comunicándole, por ejemplo, información sobre los impuestos nuevos o que sustituyen a los anteriores. Se anima a los Estados miembros a comunicar también otras modificaciones significativas, tales como nuevas reglamentaciones o sentencias de los tribunales; muchos países ya observan esta práctica. Los Estados contratantes son igualmente libres de extender sus exigencias de notificación a toda modificación significativa que se produzca en otras leyes que tengan incidencia en sus obligaciones derivadas del convenio. Los Estados contratantes, que deseen hacerlo así, podrán remplazar la última frase del apartado por la siguiente:

> Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán toda modificación significativa de su legislación tributaria u otras leyes con incidencia en sus obligaciones derivadas del Convenio.

Observaciones a los comentarios

9. *Portugal* no se adhiere a la interpretación dada a las tres últimas frases del apartado 4 de los Comentarios al artículo 2. Portugal considera que los intereses y las sanciones no son impuestos comprendidos en el Convenio y, por tanto, no pueden tratarse en el marco de un procedimiento amistoso.

Reservas al artículo

10. *Canadá, Chile* y *Estados Unidos* formulan una reserva respecto de la parte del apartado 1 que prevé la aplicación del Convenio a los impuestos exigibles por las subdivisiones políticas o entidades locales.

11. *Australia, Corea* y *Japón* formulan una reserva respecto de la parte del apartado 1 que prevé la aplicación del Convenio a los impuestos sobre el patrimonio.

12. *Grecia* y *Letonia* consideran que "los impuestos sobre el importe total de los sueldos o salarios pagados por las empresas" no deben tener la consideración de impuestos sobre la renta y, por consiguiente, no estarán comprendidos en el ámbito del Convenio.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 3
RELATIVO A LAS DEFINICIONES GENERALES

1. Este artículo agrupa varios preceptos de carácter general necesarios para interpretar los términos utilizados en el Convenio. No obstante, algunos términos importantes se definen en otros artículos del Convenio. Así, los términos "residente" y "establecimiento permanente" se definen en los artículos 4 y 5, respectivamente, mientras que la interpretación de otros términos que aparecen en los artículos dedicados a categorías particulares de renta ("rentas procedentes de bienes inmuebles", "dividendos", etcétera) se precisa en las propias disposiciones de dichos artículos. Además de las definiciones contenidas en el artículo, los Estados contratantes son libres de convenir bilateralmente la definición de los términos "un Estado contratante" y "el otro Estado contratante". Además, los Estados contratantes pueden acordar bilateralmente incluir una referencia a la plataforma continental en la definición de "Estados contratantes".

Apartado 1

El término "persona"

2. La definición del término "persona" contenida en el subapartado *a)* no es exhaustiva y debe leerse como una indicación de que este término se utiliza en un sentido muy amplio (véanse en particular los artículos 1 y 4). La definición menciona expresamente a las personas físicas, las sociedades y otras agrupaciones de personas. Del significado atribuido al término "sociedad" en la definición contenida en el subapartado *b)* se deduce que el término "persona" comprende, además, toda entidad que, aun cuando no esté constituida formalmente, se trate como tal a efectos fiscales. Así, una fundación (*fondation*, *Stiftung*), por ejemplo, puede quedar cubierta por el término "persona". Las sociedades de personas (*partnerships*) se considerarán "personas" ya sea porque entran dentro de la definición de "sociedad" o, cuando no sea así, porque constituyen otras agrupaciones de personas.

El término "sociedad"

3. El término "sociedad" comprende, en primer lugar, las personas jurídicas. El término se extiende, además, a cualquiera otra unidad imponible que se considere como persona jurídica a los fines de la legislación fiscal del Estado contratante del que es residente. La definición se ha redactado teniendo en cuenta particularmente el artículo referente a los dividendos. El término "sociedad" tiene trascendencia únicamente respecto de ese artículo, los apartados 7 y 8 del artículo 5 y los artículos 16 y 29.

El término "empresa"

4. La cuestión de si una actividad se realiza en el marco de una empresa o constituye en sí misma una empresa se ha interpretado siempre conforme a las disposiciones de la legislación interna de los Estados contratantes. Por consiguiente, no se ha intentado definir exhaustivamente el término "empresa" en este artículo. Sin embargo, se dispone que el término "empresa" se aplique al ejercicio de cualquier actividad económica. Dado que el término "actividad económica" se define explícitamente como inclusiva de la prestación de servicios

profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente, se aclara que la prestación de servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente deben considerarse constitutivas de una empresa, con independencia del sentido que se le dé a este término en la legislación interna de un Estado. Los Estados que consideren inútil hacer esta aclaración son libres de omitir la definición de "empresa" en sus convenios bilaterales.

El término "tráfico internacional"

5. La definición del término "tráfico internacional" se basa en el principio establecido en el apartado 1 del artículo 8, según el cual el derecho a gravar los beneficios de una empresa de un Estado contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional corresponde exclusivamente a ese Estado, dado el carácter especial de las operaciones de tráfico internacional. No obstante, como se indica en los Comentarios al apartado 1 del artículo 8, los Estados contratantes tienen libertad para incluir en el subapartado *e*), acordándolo bilateralmente, una referencia al Estado en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa. En ese caso la definición quedaría: "el término "tráfico internacional" significa todo transporte efectuado por un buque o aeronave salvo cuando el buque o aeronave se exploten únicamente entre puntos situados en un Estado contratante distinto de aquel en el que la empresa que los explota tenga su sede de dirección efectiva".

6. La definición del término "tráfico internacional" tiene mayor alcance que su acepción común. Con ello se pretende preservar el derecho del Estado de la empresa a gravar tanto el tráfico puramente interior como el tráfico internacional entre terceros Estados y permitir al otro Estado contratante gravar el tráfico realizado exclusivamente dentro de sus fronteras. Esta intención puede ilustrarse como sigue: supongamos que una empresa de un Estado contratante vende, por mediación de un agente en el otro Estado contratante, billetes para un trayecto realizado íntegramente dentro del Estado mencionado en primer lugar o, alternativamente, dentro de un tercer Estado. El artículo no permite al otro Estado gravar los beneficios de ninguno de estos viajes. El otro Estado podrá someter a imposición a la empresa del Estado mencionado en primer lugar solamente cuando la explotación se limite a puntos situados en ese otro Estado.

6.1. La definición se modificó en 2017 para asegurar que también se aplica al transporte efectuado por un buque o aeronave explotados por una empresa de un tercer Estado. Si bien este cambio no afecta a la aplicación del artículo 8, que solo trata sobre los beneficios de las empresas de los Estados contratantes, permite la aplicación del apartado 3 del artículo 15 a los residentes de un Estado contratante que obtengan una retribución por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados por una empresa de un tercer Estado.

6.2. Un buque o una aeronave operan solo entre puntos situados en un Estado respecto a un determinado viaje si los puntos de partida y de llegada se hallan en ese Estado. Sin embargo, la definición se aplica cuando el desplazamiento de un buque o de una aeronave entre puntos situados en un Estado forma parte de un viaje más largo de ese buque o de esa aeronave, en el que el punto de partida o el de llegada se encuentran fuera de ese Estado. Por ejemplo, cuando en el contexto de un único viaje una aeronave vuela primero entre un lugar situado en un Estado contratante y un lugar situado en el otro Estado contratante y, posteriormente, continúa rumbo a otro destino situado también en este otro Estado contratante, el

primer y segundo tramo de ese trayecto forman parte de un viaje contemplado dentro de la definición de "tráfico internacional".

6.3. Algunos Estados consideran que la definición de "tráfico internacional" debe referirse al transporte como el desplazamiento de un pasajero o de una mercancía de forma que los traslados realizados exclusivamente entre dos puntos situados en un mismo Estado contratante no se consideren incluidos en la definición, aun cuando dicho viaje o transporte se realice a bordo de un buque o aeronave utilizados en trayectos internacionales. Los Estados contratantes que adopten este punto de vista pueden convenir bilateralmente la supresión de la referencia al "buque o aeronave" en la primera parte de la excepción incluida en la definición y utilizar la siguiente definición:

e) el término "tráfico internacional" significa todo transporte efectuado por un buque o aeronave salvo cuando ese transporte se realice exclusivamente entre puntos situados en un Estado contratante y la empresa que explota el buque o aeronave no sea una empresa de ese Estado.

6.4. La definición de "tráfico internacional" no se aplica cuando el buque o la aeronave operan entre dos puntos situados en un Estado contratante y la empresa que los explota no es una empresa de ese Estado, aun cuando parte del transporte se realice fuera de dicho Estado. Así, por ejemplo, un crucero que se inicia y termina en ese Estado sin escala en puerto extranjero no constituye un transporte de viajeros en el tráfico internacional. Los Estados contratantes que deseen aclarar expresamente este aspecto en sus convenios pueden acordar bilateralmente modificar la definición en ese sentido.

El término "autoridad competente"

7. La definición del término "autoridad competente" tiene en cuenta el hecho de que, en algunos países miembros de la OCDE, la firma de los convenios de doble imposición no es competencia exclusiva de las más altas autoridades fiscales; algunas materias se reservan a otras autoridades, o pueden delegarse en ellas. La definición dada permite que cada Estado contratante designe a una o más autoridades como competentes.

El término "nacional"

8. La definición del término "nacional" se limita a establecer que, en relación con un Estado contratante, el término se aplica a toda persona física que tenga la nacionalidad o la ciudadanía de ese Estado contratante. Aun cuando el concepto de nacionalidad engloba el de ciudadanía, este último término se incluyó también en el año 2002 por ser el más utilizado en ciertos países. No se consideró necesario incluir en el texto del Convenio otra definición más precisa de los términos nacionalidad y ciudadanía, ni tampoco parece indispensable hacer un comentario específico sobre el significado de estas palabras y su aplicación. Es evidente que, para determinar lo que ha de entenderse por un "nacional" en el caso de una persona física, habrá que referirse al sentido en el que se utiliza el término habitualmente y a las normas específicas de cada Estado sobre la adquisición o pérdida de la nacionalidad o de la ciudadanía.

9. El subapartado *g)* es más específico en lo referente a las personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones. Al establecer que las personas jurídicas, las sociedades de personas o las asociaciones, cuya condición como tal se ajuste a la legislación vigente en un Estado contratante, tienen la consideración de nacionales, la disposición resuelve una dificultad que

se presenta a menudo. Algunos Estados, al definir la nacionalidad de las sociedades, prestan menos atención a la legislación que las rige que al origen de los capitales con los que esta se constituyó o a la nacionalidad de las personas físicas o jurídicas que la controlan.

10. Además, teniendo en cuenta la relación jurídica existente entre una sociedad y el Estado conforme a cuya legislación se constituye, que en ciertos aspectos es muy similar a la relación de nacionalidad en el caso de las personas físicas, parece justificado no dedicar una disposición particular a las personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones, sino asimilarlas a las personas físicas bajo el término "nacionales".

10.1. El hecho de que las sociedades de personas sean objeto de una mención propia en el subapartado *g)* no es incompatible con el estatus de la sociedad de personas como "persona" en virtud del subapartado *a)* del mismo apartado. Conforme a la legislación interna de ciertos países, una entidad puede ser una "persona" aunque no se considere "persona jurídica" a efectos fiscales. La mención explícita es necesaria para evitar confusiones.

El término "actividad económica"

10.2. El Convenio no contiene una definición exhaustiva del término "actividad económica" que, por lo general, y en virtud del apartado 2, tendrá el significado dado en la legislación interna del Estado que aplica el Convenio. No obstante, el subapartado *h)* deja constancia expresa de que el término comprende la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente. Esta disposición se añadió en el año 2000 al suprimir el artículo 14 del Convenio que se refería a la renta del trabajo por cuenta propia. El objetivo de añadir este significado, que garantiza que el término "actividad económica" incluye la realización de las actividades que anteriormente estaban reguladas por el artículo 14, fue el de evitar que este término se interpretara restrictivamente de forma que excluyera la prestación de servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente en los Estados en los que la legislación interna no considere que la realización de dichos servicios u actividades pueda constituir una actividad económica. Los Estados contratantes en los que no surja esta dificultad pueden acordar bilateralmente no incluir esta definición.

El término "fondo de pensiones reconocido"

10.3. La definición del término "fondo de pensiones reconocido" que figura en la letra (*i*) se introdujo en 2017, cuando el término se añadió al apartado 1 del artículo 4 a fin de garantizar que a los fondos de pensiones que respondan a esta definición se les considere residentes del Estado en el que están establecidos.

10.4. El efecto de la definición del término "fondo de pensiones reconocido" y de la referencia que a él se hace en el apartado 1 del artículo 4 dependerá en gran medida de la legislación interna y de las características jurídicas de los fondos de pensiones establecidos en cada Estado contratante, así como de las restantes disposiciones del Convenio para las que esta definición pueda tener relevancia.

10.5. En algunos Estados, un fondo puede crearse en el seno de una entidad jurídica (como una sociedad dedicada a actividades comerciales, una entidad de seguros, o el propio Estado o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales) con el objeto principal de propor-

cionar prestaciones por jubilación a personas físicas, por ejemplo, a los empleados de esa entidad o de otros empleadores, o de invertir fondos en beneficio de otros fondos de pensiones reconocidos. Sin embargo, tal fondo puede no constituir una "persona" independiente [en el sentido del subapartado *a*)] conforme a la legislación fiscal del Estado en el que está establecido y, de ser así, no se ajustaría a la definición de fondo de pensiones reconocido. No obstante, en la medida en que la renta procedente de los activos de inversión de ese fondo se atribuya, conforme a la legislación interna del Estado en el que está establecido, a la entidad jurídica (por ejemplo, una sociedad que lleva a cabo actividades comerciales, una entidad de seguros o el Estado) en cuyo marco se ha creado el fondo, las disposiciones del Convenio se aplicarán a esa renta en la medida en que la propia entidad jurídica pueda considerarse residente de un Estado contratante conforme al apartado 1 del artículo 4. Como se explica en los apartados 8.7 a 8.10 de los Comentarios al artículo 4, la inclusión del término "fondo de pensiones reconocido" en el apartado 1 del artículo 4 es irrelevante respecto de dicho fondo.

10.6. También hay Estados en los que un fondo establecido con el objeto principal de proporcionar prestaciones por jubilación a personas físicas no constituye formalmente una persona independiente conforme a la legislación fiscal del Estado en el que está establecido, sino en los que dicha legislación fiscal prevé que los activos de inversión del fondo constituyen un patrimonio independiente y distinto, cuya renta no se atribuye a persona alguna con fines fiscales. Estos Estados pueden querer asegurarse de que su legislación interna y la definición de "persona" contenida en el subapartado *a*) son lo suficientemente amplias como para incluir dicho fondo a fin de garantizar que el Convenio, que se aplica a las personas residentes de los Estados contratantes, sea aplicable a las rentas procedentes de estos fondos.

10.7. Como se señala en el párrafo 69 de los Comentarios al artículo 18, cuando dos Estados contratantes apliquen el mismo criterio, consistente en una exoneración general del impuesto para las rentas de fondos de pensiones establecidos en su territorio, estos Estados pueden incluir en sus convenios una disposición que amplíe esta exoneración a las rentas de inversión que un fondo de pensiones establecido en uno de los Estados obtenga del otro Estado. La definición de "fondo de pensiones reconocido" puede usarse a estos efectos. De ser así, sería necesario no obstante asegurar que un fondo descrito en el apartado 10.5 anterior puede ser considerado como un "fondo de pensiones reconocido" *per se*, a pesar del hecho de que según la legislación fiscal del Estado en el que está establecido no sea una persona independiente. Para que así sea, será necesario no obstante que, a los efectos del Convenio, los activos y las rentas del fondo tengan el mismo tratamiento que los activos y las rentas de una persona independiente de forma que, por ejemplo:

— el fondo pueda considerarse como "persona" a los efectos del artículo 1 y de todas las disposiciones pertinentes del Convenio;

— los activos y las rentas del fondo se consideren como los de una persona independiente y no los de aquella dentro de la que se ha creado el fondo de forma que, por ejemplo, a los fines del subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10, toda parte del patrimonio de una sociedad que paga dividendos a fondos que se mantengan a través del fondo no se integrará en el capital de la misma sociedad que posee la persona en cuyo seno se ha establecido el fondo pero que no se posee por intermediación del fondo;

— a los efectos de los artículos 6 a 21, la renta del fondo se considerará como devengada, percibida y poseída en calidad de beneficiario efectivo por el propio fondo y no por la persona en cuyo seno se creó el fondo;

— el derecho de los fondos a acogerse a los beneficios del convenio conforme a los términos de las disposiciones sobre la limitación de beneficios del artículo 29 se determina sin tener en cuenta el derecho de la persona en cuyo seno se creó el fondo a acogerse a los beneficios del Convenio.

10.8. He aquí un ejemplo de una disposición que podría añadirse a la definición de "fondo de pensiones reconocido" a estos efectos:

> Cuando un instrumento establecido en un Estado contratante pueda considerarse como un fondo de pensiones reconocido en virtud de las letras (*i*) o (*ii*) si la legislación fiscal de ese Estado le otorgara el tratamiento de persona independiente, se considerará, a los efectos de este Convenio, como una persona independiente calificada como tal por la legislación fiscal de ese Estado, y todos los activos y rentas a los que dicho instrumento concierna se considerarán como activos que posee y rentas que obtiene esa persona independiente y no otra.

10.9. La primera parte de la definición del término "fondo de pensiones reconocido" hace referencia a "una entidad o instrumento establecido en ese Estado". Teniendo en cuenta la gran diversidad de las características de los fondos de pensiones en los distintos países, se hace necesario adoptar una formulación poco específica. La referencia a un "instrumento" pretende abarcar, entre otros, los casos en los que las prestaciones por jubilación se proporcionen a través de medios tales como los fideicomisos que, conforme a la legislación que les sea de aplicación, no pueden considerarse como una entidad: la definición se aplica en tanto que el fideicomiso o el conjunto de los fiduciarios se considere, a efectos fiscales, como una entidad distinta. Se requiere, no obstante, que la legislación fiscal del Estado en el que estén establecidos dote a la entidad o al instrumento de personalidad independiente; de no ser así, no es necesario tratar la cuestión de la residencia del fondo de pensiones, dado que la renta del fondo se considerará como renta de otra persona a efectos fiscales (véase el apartado 10.5 más arriba).

10.10. La letra (*i*) dispone que para que una entidad u otro instrumento puedan considerarse un "fondo de pensiones reconocido", deben crearse y explotarse exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas. Poco importa el número de personas que tienen derecho a estas prestaciones: los fondos de pensiones reconocidos pueden crearse, por ejemplo, por un gran grupo de asalariados o para un solo trabajador autónomo. Los Estados tienen libertad para reemplazar la expresión "prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias" por otros términos, por ejemplo "prestaciones por jubilación y otras similares", siempre que pueda interpretarse en un sentido amplio e inclusiva de prestaciones tales como las vinculadas al deceso.

10.11. La expresión "exclusiva o casi exclusivamente" precisa que todas o casi todas las actividades de un fondo de pensiones reconocido deben estar relacionadas con la administración o el pago de las prestaciones por jubilación y otras complementarias o accesorias a personas físicas. Los términos "casi exclusivamente" reconocen que una pequeña parte de las actividades de un fondo de pensiones pueden entrañar actividades que no estén estrictamente relacionadas con la administración o el pago de las prestaciones (por ejemplo, la comerciali-

zación de los servicios del fondo de pensiones). No obstante, algunos Estados tienen una concepción más amplia del término "fondo de pensiones reconocido" y pueden querer abarcar, por ejemplo, las entidades o los instrumentos establecidos y explotados exclusiva o casi exclusivamente para proporcionar pensiones y prestaciones, por ejemplo, las pensiones por incapacidad, no vinculadas a la jubilación. Estos Estados pueden modificar libremente la definición a fin de adaptarla a sus circunstancias. Al hacerlo, convendrá tener en cuenta no obstante que, como indica el párrafo 10.7 anterior, la definición de un fondo de pensiones reconocido puede utilizarse en disposiciones cuyo fin es el de exonerar de imposición en el Estado de la fuente las rentas de inversión que un fondo de pensiones establecido en un Estado obtenga del otro Estado; será importante por tanto que estos Estados velen para que el ámbito de la exención no se amplíe involuntariamente a consecuencia de las modificaciones efectuadas en la definición de los "fondos de pensiones reconocidos".

10.12. La entidad o el instrumento deben crearse y gestionarse exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones por jubilación y otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas. Las pensiones pagadas tras el retiro de la vida laboral activa o cuando el empleado llega a la edad de jubilación son el ejemplo típico de lo que constituye una "prestación por jubilación" pero este término es lo suficientemente amplio como para abarcar uno o más pagos efectuados en el momento del retiro o con posterioridad, o al alcanzar la edad de jubilación, en favor de un empleado, un autónomo o un consejero o director de una sociedad, aun cuando estos pagos no adopten la forma de una pensión clásica.

10.13. En muchos Estados, los fondos de pensiones proporcionan una serie de prestaciones que no están estrictamente vinculadas a la jubilación, y que pretenden cubrirse con la expresión "prestaciones complementarias o accesorias". Las palabras "complementarias o accesorias" aclaran que dichos beneficios se prestan además de las prestaciones por jubilación: un fondo que se constituya esencialmente con el fin de proporcionar prestaciones distintas de las de jubilación no tendría cabida, por tanto, en esta definición. Es ciertamente imposible ofrecer un listado exhaustivo de todas las prestaciones que pueden considerarse incluidas entre las "complementarias o accesorias", pero a continuación se detallan algunos ejemplos característicos:

— indemnizaciones pagadas por deceso o incapacidad de una persona física;

— pensiones u otros pagos efectuados en favor de los miembros supérstites de la familia de una persona fallecida que tenía derecho a percibir prestaciones por jubilación;

— pagos efectuados a una persona física víctima de una enfermedad terminal;

— prestaciones indemnizatorias efectuadas en caso de enfermedad de larga duración o desempleo;

— ayudas para vivienda, tales como préstamos a tipos preferentes concedidos a un cotizante con cargo a las cotizaciones para la jubilación acumuladas y destinadas a financiar la adquisición de la vivienda principal;

— ayudas para la educación, tales como el rescate de las cotizaciones acumuladas para la jubilación que un cotizante esté autorizado a efectuar a fin de financiar su educación o la de sus hijos;

— la prestación de asesoramiento financiero a los cotizantes.

10.14. La letra (*i*) exige igualmente que la entidad o el instrumento creados y explotados exclusiva o casi exclusivamente para gestionar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas debe estar regulado como tal. La intención de esta obligación es la de restringir la definición a las entidades o instrumentos que estén sujetos a ciertas condiciones impuestas por el Estado en el que estén establecidos (o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales) a fin de garantizar que la entidad o el instrumento se utilizan como sistema para la inversión con el fin de proporcionar las prestaciones por jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas. Esa parte de la definición excluirá por tanto a las entidades, por ejemplo una sociedad de derecho privado, que una persona pueda constituir y usar para invertir fondos con el fin de proporcionar prestaciones por jubilación a personas relacionadas con ella, o a sus trabajadores, pero que no esté sujeta a ningún trato especial o a normas impuestas por el Estado, por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales en relación con el uso de esa entidad como instrumento para proporcionar las prestaciones por jubilación. Poco importa si el marco regulador al que estén sujetos la entidad o el instrumento se define en la legislación fiscal o mediante otros instrumentos jurídicos (por ejemplo, la norma mediante la que se cree un organismo público que gestione fondos de pensiones públicos); lo que importa es que la entidad o el instrumento estén reconocidos por ley como sistemas instituidos para financiar prestaciones de jubilación en favor de personas físicas y que estén sujetos a las condiciones impuestas para garantizar su utilización a tales efectos.

10.15. Un ejemplo de entidad o instrumento que se ajustaría a la definición de "fondo de pensiones reconocido" es una agencia u organismo de un Estado creado exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones por jubilación y otras prestaciones complementarias o accesorias en virtud de la legislación en materia de seguros sociales de ese Estado. Otro ejemplo podría constituirlo una sociedad u otra entidad establecida en un Estado con el fin de administrar o proporcionar prestaciones por jubilación y otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas y cuyo único activo consista en fondos cubiertos por un sistema de previsión para la jubilación regulado por la legislación fiscal de ese Estado que prevea que la renta generada por ese sistema o instrumento está exenta de imposición. La definición de fondo de pensiones reconocido será aplicable a esa sociedad o entidad con independencia de que pueda considerarse o no residente de un Estado contratante por estar "sujeta al impuesto en ese Estado", conforme al criterio mencionado en la primera frase del apartado 1 del artículo 4, por ejemplo, porque deba pagar el impuesto respecto de rentas no procedentes del sistema de pensiones (véanse los párrafos 8.8 a 8.10 de los Comentarios al artículo 4).

10.16. La letra (*i*) de la definición se aplica independientemente del hecho de que las prestaciones a las que se refiere se paguen a personas físicas residentes del Estado en el que están establecidos la entidad o el instrumento, o de que sean residentes de otros Estados. Si la norma general antiabuso contenida en el apartado 9 del artículo 29 busca atenuar el riesgo de una posible elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros que pueda derivarse de este aspecto de la norma, los Estados que no incluyan esa norma general antiabuso en sus convenios o para los que estos riesgos sean especialmente preocupantes, son libres de incluir en la definición de "fondo de pensiones reconocido" condiciones similares a las recogidas en la letra (*ii*) del subapartado *e*) del párrafo 2 de la versión detallada de la norma sobre limitación de beneficios que se recoge en los comentarios al artículo 29.

10.17. La letra (ii) de la definición abarca a las entidades o instrumentos que utilizan los fondos de pensiones comprendidos en la letra (i) para invertir directamente. Los fondos de pensiones se unen frecuentemente a otros fondos para realizar sus inversiones, reagrupando sus activos en ciertas entidades u otros instrumentos, por lo que por distintas razones comerciales, jurídicas o reguladoras, pueden invertir a través de entidades o instrumentos totalmente controlados, que sean residentes del mismo Estado. Dado que dichos instrumentos o entidades intervienen únicamente como intermediarios para la inversión de fondos utilizados para proporcionar prestaciones por jubilación a personas físicas, lo apropiado es tratarles de la misma forma que a los fondos de pensiones que invierten a través de ellos.

10.18. La expresión "exclusiva o casi exclusivamente" contenida en la letra (ii) precisa que todas o casi todas las actividades de dicho instrumento o entidad intermediarios deben estar vinculadas a la inversión de los fondos en beneficio de las entidades o instrumentos que puedan considerarse fondos de pensiones reconocidos conforme a la letra (i). La locución "casi exclusivamente" reconoce que una pequeña parte de las actividades de estas entidades o instrumentos pueden entrañar otras actividades, como la inversión de fondos por fondos de pensiones establecidos en otros Estados y que, por esta razón, no están incluidos en el ámbito de la letra (i). En los Estados en los que es común que las entidades u otros instrumentos intermediarios inviertan fondos obtenidos de fondos de pensiones establecidos en otros Estados, son libres de ampliar el ámbito de la letra (ii) de forma que comprenda los casos en los que gran parte de los fondos invertidos por la entidad o el instrumento se inviertan en beneficio de fondos de pensiones establecidos en otros Estados; estos Estados podrán atenuar el riesgo de elusión mediante el abuso de los convenios por terceros mediante las disposiciones del artículo 29.

Apartado 2

11. Este apartado establece un criterio general de interpretación de los términos utilizados en el Convenio y no definidos en el mismo. Se plantea la cuestión, sin embargo, de determinar cuál es la legislación aplicable para interpretar los términos no definidos en el Convenio pudiendo ser la legislación vigente en el momento de la firma del Convenio o la legislación vigente en el momento de su aplicación, es decir, cuando se exige el impuesto. El Comité de Asuntos Fiscales concluyó que debía prevalecer esta última interpretación y en 1995 modificó el Modelo para precisar dicho punto explícitamente.

12. Sin embargo, el apartado 2 especifica que el significado dado por la legislación interna a un término no definido se aplica únicamente si el contexto no requiere una interpretación diferente y las autoridades competentes no acuerdan un significado distinto según lo dispuesto en el artículo 25. El contexto queda determinado principalmente por la intención de los Estados contratantes en el momento de la firma del Convenio, así como por el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate (referencia implícita al principio de reciprocidad en que se basa el Convenio). Por consiguiente, los términos del artículo permiten cierta flexibilidad a las autoridades competentes.

13. Consecuentemente, los términos del apartado 2 establecen un equilibrio satisfactorio entre, por una parte, la necesidad de asegurar la permanencia de los compromisos contraídos por los Estados al firmar el Convenio (ya que no debe permitirse que un Estado haga parcialmente inoperante un Convenio modificando con posterioridad, en su legislación interna, el

ámbito de los términos no definidos en el mismo) y, por otra parte, la necesidad de poder aplicar el Convenio de forma adecuada y práctica a lo largo del tiempo (debe evitarse la necesidad de referirse a conceptos anticuados).

13.1. El apartado 2 se modificó en 1995 para que su texto se adecuara mejor a la interpretación general y coherente de los Estados miembros. A los efectos del apartado 2, el significado de los términos no definidos en el Convenio podrá determinarse por referencia a su significado a los efectos de las disposiciones aplicables de la legislación interna de un Estado contratante, se trate o no de legislación tributaria. Sin embargo, cuando un término se defina de forma diferente por las distintas ramas del Derecho de un Estado contratante, prevalecerá el sentido que le atribuya la legislación relativa a los impuestos comprendidos en el ámbito del Convenio, incluyendo los que resulten de otras leyes fiscales.

13.2. Los comentarios se modificaron también en 1995 a fin de prever que los Estados que pueden firmar acuerdos amistosos (conforme a las disposiciones del artículo 25 y, en particular de su apartado 3) para determinar el significado de los términos no definidos en el Convenio, deberán tener en cuenta tales acuerdos al interpretar dichos términos. En 2017, la redacción del apartado 2 se modificó para suprimir toda duda sobre el hecho de que en el caso de que un acuerdo amistoso alcanzado al amparo del artículo 25 indique que las autoridades competentes han acordado un significado común para un término no definido, el significado dado a ese término por la legislación interna no será de aplicación, como ocurre cuando un término se define en el Convenio o cuando el contexto exige un significado distinto del que le otorga la legislación interna. Sin embargo, algunos Estados consideran que esta excepción no debería ser aplicable más que a los acuerdos alcanzados en virtud del apartado 3 del artículo 25: Estos Estados tienen libertad para reemplazar la locución "conforme a lo dispuesto en el artículo 25" por "conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 25". Otros Estados consideran que, conforme a su normativa, no puede darse a las autoridades competentes la facultad de otorgar un significado a un término que impidiera recurrir al significado dado por la legislación interna; estos Estados pueden omitir la locución "o que las autoridades competentes acuerden un significado distinto conforme a lo dispuesto en el artículo 25".

Reservas al artículo

14. *Italia* y *Portugal* se reservan el derecho a omitir las definiciones de las letras *c)* y *h)* del apartado 1 ["empresa" y "actividad económica"] porque se reservan el derecho a incluir un artículo relativo a la tributación de las rentas del trabajo por cuenta ajena.

15. *Turquía* se reserva el derecho a utilizar la siguiente definición del término "tráfico internacional": el término "tráfico internacional" significa todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotados por una empresa de un Estado contratante, excepto cuando el buque o aeronave se exploten únicamente entre puntos situados en el otro Estado contratante".

16. *Israel* se reserva el derecho a incluir los fideicomisos en la definición del término "persona".

17. *Chile* y *México* se reservan el derecho a no incluir la definición de "fondo de pensiones reconocido" en el subapartado (*i*) del apartado 1 porque la decisión de incluir un fondo de pensiones como residente en un convenio tributario debe analizarse bilateralmente entre Estados contratantes dada la gran diversidad de instrumentos jurídicos que pueden atender el pago de prestaciones por jubilación.

18. *Israel* se reserva el derecho a no limitar la definición de "fondo de pensiones reconocido" a una persona con personalidad independiente en el sentido de la legislación tributaria.

19. *Portugal* se reserva el derecho a no incluir la definición del subapartado (i) del apartado 1 ("fondo de pensiones reconocido") en sus convenios porque se reserva su derecho a no incluir expresamente "un fondo de pensiones reconocido" en el apartado 1 del artículo 4 y a tratar los fondos de pensiones conforme a la definición general de "residente" o conforme a disposiciones específicas acordadas bilateralmente.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 4
RELATIVO A LA DEFINICIÓN DE RESIDENTE

I. Observaciones preliminares

1. El concepto de "residente de un Estado contratante" cumple diversas funciones y tiene importancia en tres casos:

a) para determinar el ámbito de aplicación;

b) para resolver los casos en los que se produzca doble imposición como consecuencia de la doble residencia; y

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 de situación.

2. El artículo tiene por objeto definir el significado del término "residente de un Estado contratante" y resolver los casos de doble residencia. Para aclarar el ámbito del artículo a continuación se exponen algunas consideraciones generales referidas a los dos casos típicos de conflicto, a saber, entre dos residencias y entre la residencia y la fuente o situación. 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.

3. En general, las legislaciones internas de los diversos Estados establecen la sujeción integral al impuesto, o "sujeción plena", basándose en la existencia de un vínculo personal entre el contribuyente y el Estado considerado ("Estado de residencia"). Esta obligación tributaria no afecta solamente a las personas "domiciliadas" en un Estado en el sentido habitual del término "domicilio" según la legislación (derecho privado). La sujeción integral al impuesto se extiende además, por ejemplo, a las personas que permanecen de forma continuada, o en ocasiones solo durante cierto período, 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.

4. 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. Estos convenios no establecen los criterios que deben seguir las disposiciones de la legislación interna respecto de 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.

5. Esto se pone claramente de manifiesto cuando el conflicto se produce, no entre dos residencias, sino entre la residencia y la fuente o situación. Las mismas consideraciones son válidas, no obstante, en caso de conflicto entre dos residencias. La diferencia consiste en que, en este último caso, no se puede resolver el conflicto por remisión al concepto de residencia adoptada por la legislación interna de los Estados considerados. En esos casos es necesario incluir disposiciones especiales en el Convenio para determinar cuál de los conceptos de residencia debe prevalecer.

6. Un ejemplo permitirá comprender mejor la situación: una persona física tiene su vivienda permanente en el Estado A, donde viven su mujer y sus hijos. Ha permanecido más de seis meses en el Estado B y, conforme al derecho interno de este último Estado, se somete a imposición como residente del mismo por razón de la duración de su estancia. De esa forma, ambos Estados reclaman su derecho a someter a imposición plena a esta persona. El Convenio debe resolver el conflicto.

7. En este caso particular, el artículo (conforme a las disposiciones del apartado 2) da preferencia al Estado A. Sin embargo, ello no implica que el artículo establezca reglas especiales sobre la "residencia" y que no se tenga en cuenta la legislación interna del Estado B por ser incompatible con aquellas. 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 esa es la finalidad de las reglas especiales que el artículo propone.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

8. El apartado 1 contiene una definición del concepto de "residente de un Estado contratante" a los efectos del Convenio. Dicha definición se remite al concepto de residencia adoptado por la legislación interna (véanse las observaciones preliminares). La definición menciona como criterios de sujeción al impuesto como residente: el domicilio, la residencia, la sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza sustancialmente similar. 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 (sujeción plena). Comprende también el caso de las personas consideradas 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 que realizan una función pública).

8.1. Sin embargo, conforme a con las disposiciones de la segunda frase del apartado 1, no se considerará a una persona "residente de un Estado contratante" en el sentido del Convenio si, aun cuando no esté domiciliada en ese Estado, se considera residente con arreglo a la legislación interna, pero se somete a una imposición limitada sobre las rentas obtenidas en dicho Estado o el patrimonio situado en el mismo. Esta situación se produce en ciertos Estados en relación con las personas físicas, por ejemplo, en el caso de diplomáticos y empleados consulares extranjeros que prestan servicios en su territorio.

8.2. Con arreglo a sus términos y a su espíritu, la segunda frase excluye de la definición de residente de un Estado contratante a las sociedades de propiedad extranjera exentas de impuestos respecto de las rentas extranjeras, en aplicación de privilegios diseñados para atraer sociedades canalizadoras de rentas. Excluye también a las sociedades y otras personas que no estén plenamente sujetas a imposición en un Estado contratante debido a que, aun siendo residentes de ese Estado en virtud de su normativa fiscal, se las considere residentes de otro Estado en virtud de lo dispuesto en un convenio celebrado entre ambos Estados. Evidentemente, la exclusión de determinadas sociedades u otras personas de la definición no impedirá a los Estados contratantes intercambiar información sobre sus actividades (véase el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 26). Los Estados pueden, ciertamente, considerar

apropiado llevar a cabo intercambios de información espontáneos sobre personas que persiguen la obtención de beneficios no deseados por el convenio.

8.3. Sin embargo, la aplicación de la segunda frase conlleva dificultades y limitaciones. Debe interpretarse teniendo en cuenta su objeto y propósito, que es el de excluir a las personas no sujetas integralmente a imposición en un Estado (sujeción plena), ya que, en otro caso, podría excluir del ámbito del Convenio a todos los residentes de países que apliquen el principio de tributación territorial, resultado que evidentemente no se pretende.

8.4. Conforme a la interpretación general de la mayoría de los países miembros, los gobiernos de cada Estado, así como de sus subdivisiones políticas o entidades locales, son residentes de ese Estado a los efectos del Convenio. Antes de 1995 el Modelo no hacía indicación expresa a ese respecto; en 1995 el artículo 4 se modificó para adaptar el texto del Modelo a dicha interpretación.

8.5. Esto plantea el problema de la aplicación del apartado 1 a los fondos soberanos, que son fondos de inversión o instrumentos con una finalidad concreta, instituidos por un Estado o una subdivisión política con fines macroeconómicos. Estos fondos poseen, gestionan o administran activos para lograr objetivos financieros y utilizan una serie de estrategias de inversión entre las que se encuentra la de invertir en activos financieros extranjeros. Por lo general, estos fondos se constituyen con los excedentes de la balanza de pagos, de las operaciones oficiales de cambio de moneda extranjera, de beneficios de privatizaciones, con excedentes presupuestarios o con los ingresos resultantes de la exportación de productos básicos.[1] El hecho de que un fondo soberano pueda considerarse "residente de un Estado contratante" depende de los hechos y circunstancias de cada caso. Así, por ejemplo, cuando un fondo soberano forme parte integrante del Estado, con toda probabilidad estará comprendido en el ámbito de la expresión "[ese] Estado y sus subdivisiones políticas o entidades locales" del artículo 4. En otros casos, se aplicarán los párrafos 8.11 y 8.12 incluidos más abajo. Los Estados pueden optar por abordar la cuestión en el transcurso de las negociaciones bilaterales, especialmente por lo que respecta a la calificación como "persona" de los fondos soberanos y su "sujeción al impuesto" a los efectos del convenio en cuestión (véanse también los párrafos 50 a 53 de los Comentarios al artículo 1).

8.6. El apartado 1 hace también referencia expresa a los "fondos de pensiones reconocidos". La mayoría de los países miembros consideran desde hace mucho tiempo que un fondo de pensiones establecido en un Estado contratante es residente de ese Estado con independencia de que pueda beneficiarse de una exoneración completa o parcial del impuesto en ese Estado. Hasta 2017 esta interpretación quedaba reflejada en la versión anterior del párrafo 8.6, que mencionaba a los "fondos de pensiones, las entidades de beneficencia y otras organizaciones" como entidades que la mayoría de los Estados consideraban como residentes. El apartado 1 del artículo se modificó en 2017 a fin de disipar las dudas sobre el hecho de que un fondo de pensiones que responda a la definición de "fondo de pensiones reconocido" del apartado 1 del artículo 3, constituye un residente del Estado contratante en el que está establecido.

[1] Definición extraída de *Sovereign Wealth Funds –Generally Accepted Principles and Practices– "Santiago Principles"* (*Fondos soberanos, principios y prácticas generalmente aceptados - Principios de Santiago*), del Grupo de Trabajo Internacional sobre Fondos Soberanos, octubre 2008, Anexo 1.

8.7. Como se señala en el párrafo 10.4 de los Comentarios al artículo 3, el efecto de la definición del término "fondo de pensiones reconocido" y de la referencia que a él se hace en el apartado 1 del artículo 4 dependerá en gran medida de la legislación interna y de las características jurídicas de los fondos de pensiones establecidos en cada Estado contratante. El tipo de fondo establecido en el seno de una entidad jurídica descrita en el párrafo 10.5 de los Comentarios al artículo 3 no estará cubierto por la definición de "fondo de pensiones reconocido" que se aplica a una entidad o instrumento con personalidad independiente pero, dado que la renta de estos fondos se atribuye a la entidad jurídica de la que es parte, las disposiciones del Convenio se aplicarán a esa renta en la medida en que la propia entidad jurídica tenga la condición de residente de un Estado contratante conforme al apartado 1 del artículo.

8.8. Sin embargo, cuando un fondo constituya una "persona" distinta de toda otra persona por la que, o en beneficio de la que, se ha creado y se gestiona, la definición de "fondo de pensiones reconocido" será pertinente y, en la medida en que se satisfagan las condiciones de esta definición, el fondo constituirá en sí mismo un "residente de un Estado contratante". Así ocurrirá en muchos países porque "esté sujeto a imposición en el mismo" conforme al criterio expuesto en la primera frase del apartado 1, según la interpretación de esta frase por los Estados contratantes o, de no ser así, por la inclusión expresa del término "fondo de pensiones reconocido" en el apartado 1.

8.9. Naturalmente, los Estados contratantes tienen libertad para omitir la referencia a los "fondos de pensiones reconocidos" del apartado 1 si estiman que los perceptores de las rentas procedentes de los sistemas de pensiones establecidos en ambos Estados tienen la condición de residentes de los Estados contratantes, si bien pueden preferir mantener esa referencia en el apartado a fin de eliminar ambigüedades.

8.10. Dada la diversidad de instrumentos mediante los que se proporcionan las prestaciones de jubilación, normalmente resultará útil que los Estados contratantes revisen los más comúnmente utilizados en cada Estado a fin de aclarar si se les aplica o no la definición de "fondo de pensiones reconocido" y, en términos más generales, cómo se aplican las disposiciones del convenio concluido entre esos Estados a dichos instrumentos. Esto podría llevarse a cabo en el momento de la negociación del convenio o posteriormente mediante un procedimiento amistoso.

8.11. El apartado 1 se refiere a las personas que, por criterios diversos, están "sujetas al impuesto" en un Estado contratante en virtud de su legislación interna. En muchos Estados se considera que una persona está sujeta a imposición plena incluso si el Estado contratante, de hecho, no aplica el impuesto. Por ejemplo, las entidades de beneficencia y otras organizaciones pueden estar exentas de imposición, pero solo están exentas si cumplen todos los requisitos para la exención especificados en la legislación tributaria. Están pues sujetas a las leyes tributarias del Estado contratante. Además, si no cumplen dichos requisitos, también tendrán que pagar el impuesto. La mayoría de los Estados considera tales entidades como residentes a efectos del Convenio (véanse, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 10 y el apartado 5 del artículo 11).

8.12. No obstante, en algunos Estados, estas entidades no se consideran sujetas al impuesto si están exentas en virtud de su legislación tributaria. Estos Estados pueden no considerar tales entidades residentes a efectos de un convenio, a menos que estén explícitamente comprendidas en el mismo. Los Estados contratantes que adopten esta posición pueden abordar esta cuestión en sus negociaciones bilaterales.

8.13. Cuando un Estado no tiene en cuenta la existencia de una sociedad de personas a efectos fiscales y le aplica el régimen de transparencia fiscal gravando a los socios por razón de su participación en la renta de la sociedad de personas, la sociedad de personas en sí no está sujeta al impuesto y no puede considerarse residente de dicho Estado. En tal caso, sin embargo, el apartado 2 del artículo 1 aclara que el Convenio se aplicará a la renta obtenida por la sociedad de personas en la medida en que ese Estado trate dicha renta, a efectos fiscales, como renta de un socio residente de ese Estado. El mismo tratamiento se aplica a las rentas de otras entidades o instrumentos que la legislación fiscal de un Estado contratante considere fiscalmente transparente (véanse los párrafos 2 a 16 de los Comentarios al artículo 1).

Apartado 2

9. Este apartado se refiere al caso de una persona física que, con arreglo a las disposiciones del apartado 1, sea residente de ambos Estados contratantes.

10. Para resolver este conflicto es preciso establecer reglas especiales que den preferencia al vínculo con un Estado frente al vínculo con el otro. En la medida de lo posible, el criterio de preferencia será tal que no permita dudas, de forma que la persona de que se trate cumpla las condiciones requeridas solamente en un Estado y, al mismo tiempo, reflejará una vinculación de tal naturaleza que justifique la atribución de la potestad tributaria al Estado en cuestión. Los hechos a los que se aplican las normas especiales son aquellos que se produzcan durante el período en que la residencia del contribuyente afecta a su sujeción a imposición, período que puede ser de duración inferior al período impositivo. Por ejemplo, en el curso de un año civil, una persona física es residente del Estado A, conforme a la legislación tributaria de ese Estado, desde el 1 de enero al 31 de marzo, trasladándose después al Estado B. Como dicha persona física reside en el Estado B más de 183 días, será considerada residente del Estado B durante todo el período impositivo conforme a la legislación tributaria de ese Estado. De la aplicación de las reglas especiales al período 1 de enero a 31 de marzo, resulta que la persona física es residente del Estado A. En consecuencia, ambos Estados deben tratar a la persona física como residente del Estado A durante ese período y como residente del Estado B del 1 de abril al 31 de diciembre.

11. El artículo da preferencia al Estado contratante en el que la persona física disponga de una vivienda permanente. Este criterio bastará normalmente para resolver el conflicto que se plantea, por ejemplo, cuando una persona física tiene una vivienda permanente en un Estado contratante y solo ha tenido una estancia de cierto tiempo en el otro Estado contratante.

12. El subapartado *a*) quiere decir, por lo tanto, que para la aplicación del Convenio (cuando hay conflicto entre las legislaciones de los dos Estados) se considera como residencia de la persona física el lugar donde tiene la propiedad o el disfrute de una vivienda; esa vivienda debe ser permanente, es decir, la persona física la habrá acondicionado 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.

13. En lo referente al concepto de vivienda, es necesario señalar que puede tomarse en consideración cualquiera de sus formas (casa o apartamento, en propiedad o en alquiler, habitación alquilada con muebles). 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 a su

disposición en todo momento, de forma continuada y no ocasionalmente para estancias que, por las razones que las motiven, han de ser necesariamente de corta duración (viajes de placer, negocios, estudios, asistencia a cursos en escuelas, etc.). Por ejemplo, una casa perteneciente a una persona física no puede considerarse a su disposición durante un periodo en el que está alquilada y efectivamente ocupada por una persona no relacionada, de forma que esa persona física no tenga la posesión de la casa ni la posibilidad de habitarla.

14. Si la persona física tiene una vivienda permanente en ambos Estados contratantes, el apartado 2 da preferencia al Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas, entendiéndose que es el centro de sus intereses vitales. Cuando sea imposible determinar la residencia conforme a esta regla, el apartado 2 establece como criterios subsidiarios, en primer lugar, dónde se viva habitualmente y, en segundo lugar, la nacionalidad. Si una persona física posee la nacionalidad de ambos Estados o de ninguno de ellos, la cuestión deberá resolverse mediante acuerdo amistoso entre los Estados en cuestión conforme al procedimiento establecido en el artículo 25.

15. Si la persona física tiene una vivienda permanente en ambos Estados contratantes, será necesario considerar los hechos para determinar con cuál de los dos Estados tiene relaciones personales y económicas más estrechas. A tal fin, se tomarán en consideración sus relaciones familiares y sociales, sus ocupaciones, sus actividades políticas, culturales o de otro tipo, la localización de su actividad económica, el lugar desde el que administra su patrimonio, etc. Las circunstancias deben examinarse en su conjunto, pero en cualquier caso es evidente que debe prestarse especial atención a las consideraciones basadas en los actos que realicen las personas físicas. 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 conservar 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.

16. El subapartado *b)* introduce un criterio secundario para dos situaciones completamente distintas, a saber:

a) que la persona física disponga de una vivienda permanente en ambos Estados contratantes y no sea posible determinar en cuál de ellos tiene el centro de sus intereses vitales;

b) que la persona física no disponga de una vivienda permanente en ninguno de los Estados contratantes.

Se da preferencia al Estado contratante donde viva habitualmente la persona física.

17. En la primera situación, es decir, cuando la persona física disponga de una vivienda permanente en ambos Estados, el hecho de tener un domicilio habitual en un Estado y no en otro apunta ser la circunstancia que, en caso de duda en cuanto a la localización de su centro de intereses vitales, incline la balanza del lado del Estado donde esté más habitualmente. A estos efectos deben considerarse no solo las estancias de esa persona en la vivienda permanente del Estado de que se trate, sino también las efectuadas en cualquier otro lugar del mismo Estado.

18. La segunda situación se refiere al caso de una persona física que no tiene una vivienda permanente en ninguno de los Estados contratantes, por ejemplo, una persona que se des-

place 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.

19. Para aplicar el criterio previsto en el subapartado *b*) debe determinarse si la persona física vive habitualmente, en el sentido de estar regular o normalmente presente en uno de los dos Estados y no en el otro durante un tiempo dado. No basta con simplemente determinar en cuál de los dos Estados esa persona ha pasado más días en ese período. La expresión *séjourne de façon habituelle*, utilizada en el subapartado *b*) de la versión en francés esclarece el significado del concepto *habitual abode* inglés, una noción que denota la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias que forman parte de la rutina habitual de una persona y que son, por tanto, más que meramente transitorias. Como se reconoce en el subapartado *c*), una persona puede vivir habitualmente en dos Estados, como ocurriría si la persona estuviera regular o normalmente presente en cada uno de los Estados durante el periodo en cuestión, con independencia de que pase más días en un Estado que en el otro. Supongamos, por ejemplo, que durante un período de cinco años, una persona posee una casa en ambos Estados A y B, pero los hechos no permiten determinar el Estado en el que se encuentra su centro de intereses vitales. Esta persona trabaja en el Estado A, donde vive habitualmente, pero regresa al Estado B dos días al mes y una vez al año durante tres semanas de vacaciones. En tal caso, esta persona viviría habitualmente en el Estado A y no en el Estado B. Supongamos, sin embargo, que durante ese mismo período de cinco años, la persona trabaja en cortos períodos de tiempo en el Estado A, al que regresa 15 veces al año para pasar dos semanas cada vez, pero que está presente en el Estado B el resto del tiempo (supongamos también que los hechos del caso no permiten determinar el Estado en el que está situado su centro de intereses vitales). En ese caso, esta persona viviría habitualmente tanto en el Estado A como en el Estado B.

19.1. El subapartado *b*) no precisa sobre qué período debe realizarse el análisis para saber si una persona física tiene su residencia habitual en uno o en ambos Estados. Este análisis debería abarcar un espacio de tiempo suficientemente prolongado que permita evaluar la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que son parte de la rutina habitual de esa persona. No obstante, debe prestarse atención para que el análisis abarque un período de tiempo en el que no se produzcan grandes cambios en las circunstancias personales que tengan consecuencias evidentes sobre la determinación (por ejemplo, una separación o un divorcio). El período que debe considerarse para determinar si una persona física reside habitualmente en uno o en ambos Estados no siempre se corresponderá con el período de doble residencia, especialmente cuando este período de doble residencia sea muy breve. Esta circunstancia puede ilustrarse con el siguiente ejemplo. Supongamos que una persona física residente del Estado C se traslada al Estado D para trabajar en distintos emplazamientos durante un período de 190 días. Durante ese período de 190 días se le considera residente de ambos Estados C y D por razón de las respectivas normas internas. Esta persona física ha vivido muchos años en el Estado C antes de trasladarse al Estado D, permanece en el Estado D durante todo el tiempo que dura su empleo y regresa al Estado C a vivir de forma permanente una vez transcurrido el plazo de 190 días. Durante el tiempo que dura su empleo en el Estado D, esta persona no tiene una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados C o D. En este ejemplo, la determinación de si esta persona física reside habitualmente en uno o en ambos Estados implicaría tener en cuenta un plazo de tiempo superior a los 190 días de su doble residencia a fin de conocer la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias que formaron parte de su rutina habitual.

20. Cuando en las dos situaciones mencionadas en el subapartado *b)* la persona física viva habitualmente 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 la de ninguno de ellos, el subapartado *d)* encomienda a las autoridades competentes la resolución de la cuestión mediante un acuerdo amistoso conforme al procedimiento establecido en el artículo 25.

Apartado 3

21. Este apartado se refiere a las sociedades y a otras agrupaciones de personas, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica. 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, etc., han de establecerse reglas especiales de preferencia.

22 Cuando se redactó el apartado 3 por primera vez, se entendía que no era adecuado dar importancia a un criterio puramente formal como es la inscripción en un registro, dándose preferencia a una norma basada en la sede de dirección efectiva, que pretendía conducir al lugar desde donde la sociedad, etc., se dirigía efectivamente.

23. No obstante, en 2017 el Comité de Asuntos Fiscales reconoció que, aunque los supuestos de doble residencia de entidades distintas de las personas físicas eran relativamente poco frecuentes, se habían dado casos de elusión fiscal que involucraban a sociedades con doble residencia. Por esta razón, llegó a la conclusión de que la mejor manera de resolver los casos de doble residencia de personas distintas de las entidades físicas era hacerlo de forma individualizada.

24. En virtud de estas consideraciones, la versión actual del apartado 3 establece que las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver, mediante acuerdo amistoso, los casos de doble residencia de personas distintas de las personas físicas.

24.1. Las autoridades competentes que tengan que aplicar el apartado 3 tendrán que tener en cuenta diversos factores, tales como dónde se celebran habitualmente las reuniones del consejo de administración u órgano similar de la persona, 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, dónde se llevan 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. Los países que consideren que no debería otorgarse a las autoridades competentes la facultad de resolver estos casos de doble residencia sin indicárseles los factores que deben considerar a tal efecto, pueden estar interesados en completar la disposición incluyendo la mención a estos u otros factores que consideren pertinentes.

24.2. Normalmente será el interesado quien solicite la resolución en virtud del apartado 3, a través del mecanismo previsto en el apartado 1 del artículo 25. Dicha solicitud puede realizarse desde el momento en el que sea probable que la persona sea considerada residente de cada uno de los Estados contratantes en aplicación del apartado 1. Debido al requisito de

notificación previsto en el apartado 1 del artículo 25, deberá realizarse en cualquier caso en el plazo de tres años desde que esa persona haya recibido la primera notificación de las medidas fiscales adoptadas por uno o ambos Estados contratantes indicando que se la deniegan las reducciones o exenciones debido a su condición de doble residente, sin que las autoridades competentes hayan intentado previamente determinar un único Estado de residencia conforme al apartado 3. Las autoridades competentes que reciben la solicitud para la determinación de la residencia de acuerdo con el apartado 3 deben resolverla sin demora y comunicar su respuesta al contribuyente lo antes posible.

24.3. Dado que los factores sobre los que deba basarse la decisión no son inmutables en el tiempo, las autoridades competentes que lleguen a un acuerdo en virtud de dicha disposición deben dejar constancia del plazo cubierto por el mismo.

24.4. La última frase del apartado 3 establece que, a falta de una decisión por parte de las autoridades competentes, la persona que tenga la condición de doble residente no podrá acogerse a las reducciones o exenciones previstas en el Convenio, salvo en la forma y medida que puedan acordar las autoridades competentes. No obstante, esto no impedirá que el contribuyente sea considerado residente de ambos Estados contratantes para fines distintos a la concesión de reducciones o exenciones. Esto significará, por ejemplo, que no se considerará cumplida la condición prevista en el subapartado *b*) del apartado 2 del artículo 15 respecto de un empleado de dicha persona que sea residente de cualquiera de los Estados contratantes y que ejerza su empleo en el otro Estado. Del mismo modo, si la persona es una sociedad, tendrá la condición de residente de cada uno de los Estados a los efectos de aplicar el artículo 10 a los dividendos que pague.

24.5. No obstante, algunos Estados creen que es preferible abordar los supuestos de doble residencia de las entidades con la norma basada en la "sede de dirección efectiva" que se incluyó en el Convenio antes de 2017. Estos Estados consideran también que es posible interpretar esta norma de forma que se evite el abuso de la misma. Los Estados que compartan este punto de vista y estén de acuerdo en cómo debería interpretarse el concepto de "sede de dirección efectiva" tienen libertad para incluir en sus convenios bilaterales la siguiente versión del apartado 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.

Observaciones a los Comentarios

25. *Chile* desea precisar que, en relación con el párrafo 8.12, entre las entidades que no se consideran como residentes pueden incluirse también fondos de pensiones, a menos que estén expresamente cubiertos por el Convenio.

26. En *España*, debido al hecho de que, conforme a su derecho interno, el ejercicio fiscal coincide con el año civil y no es posible concluir el período impositivo por motivo del cambio de residencia del contribuyente, no se podrá proceder conforme al párrafo 10 de los Comentarios al artículo 4. En tal caso, se requerirá un procedimiento amistoso para determinar la fecha a partir de la cual el contribuyente tendrá la consideración de residente de uno de los Estados contratantes.

27. *Hungría* no puede compartir plenamente la interpretación dada en el párrafo 19 de los Comentarios a la locución "resida habitualmente". Hungría considera que durante el examen del lugar de residencia habitual de una persona debe darse prioridad a la comparación del número de días de presencia en cada Estado en el transcurso de un período dado.

Reservas al artículo

28. *Corea* y *Japón* formulan una reserva respecto de las disposiciones de este artículo y de otros artículos del Modelo de Convenio tributario que se refieren directa o indirectamente a la sede de dirección efectiva. Dichos países desean utilizar en sus convenios la expresión "sede central u oficina principal" en lugar de "sede de dirección efectiva".

29. *Francia* no se adhiere al principio general por el que, cuando el impuesto adeudado por una sociedad de personas se determine en función de las características personales de sus socios, estos últimos tienen derecho a los beneficios de los convenios tributarios suscritos por los Estados de los que son residentes respecto a la renta que "transita" por dicha sociedad. Por tal razón, Francia se reserva el derecho a modificar el artículo en sus convenios tributarios a fin de precisar que las sociedades de personas francesas deben tener la consideración de residentes en Francia atendiendo a sus características jurídicas y fiscales, y a indicar en qué situaciones y circunstancias las sociedades transparentes ubicadas en el otro Estado contratante, o en un tercer Estado, tendrán derecho a beneficiarse del reconocimiento por parte de Francia de su naturaleza como tales.

30. *Francia* se reserva el derecho a no incluir la referencia a los "fondos de pensiones reconocidos" en el apartado 1 y por tanto a tratar los fondos de pensiones como otras entidades que no cumplan las condiciones relativas a la residencia.

31. *Estados Unidos* se reserva el derecho a utilizar el criterio del lugar de constitución para determinar la residencia de una sociedad de capital y, si ese criterio no resolviera el caso, a negar determinados beneficios del Convenio a las sociedades con doble residencia.

32. *Portugal* y *Suecia* se reservan el derecho a no incluir la locución "así como los fondos de pensiones reconocidos de ese Estado" en el apartado 1 y a tratar los fondos de pensiones conforme a la definición general de "residente" o por medio de disposiciones especiales negociadas bilateralmente.

33. *Israel* se reserva el derecho a incluir una disposición específica relativa a los fideicomisos residentes de ambos Estados contratantes.

34. *Estonia* y *Letonia* se reservan el derecho a incluir el lugar de constitución o un criterio similar en el apartado 1.

35. *Japón* se reserva el derecho a omitir la proposición "salvo en la forma y medida que puedan acordar las autoridades competentes de los Estados contratantes" en el apartado 3.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 5
RELATIVO A LA DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

1. El concepto de establecimiento permanente se utiliza principalmente para determinar el derecho de un Estado contratante a gravar los beneficios de una empresa del otro Estado contratante. En virtud del artículo 7, un Estado contratante no puede gravar los beneficios de una empresa del otro Estado contratante salvo que esta realice su actividad por medio de un establecimiento permanente situado en aquel.

2. Antes del año 2000, la renta de las actividades profesionales y de otras actividades de carácter independiente se trataban en un artículo aparte, concretamente en el artículo 14. Las disposiciones de este artículo eran similares a las aplicables a los beneficios procedentes de las actividades económicas, pero se utilizaba el concepto de base fija y no el de establecimiento permanente, ya que se había considerado en un principio que este último concepto solo debía aplicarse en el marco de actividades comerciales e industriales. La eliminación del artículo 14 en el año 2000 reflejó el hecho de que no se pretendía diferenciar entre los conceptos de establecimiento permanente del artículo 7 y de base fija del artículo 14 o entre el modo de calcular los beneficios y el impuesto según se aplicara el artículo 7 o el 14. La eliminación del artículo 14 implicó por tanto que la definición de establecimiento permanente se hizo aplicable a lo que previamente constituía una base fija.

3. En 2017 se introdujeron una serie de cambios en los Comentarios. Algunos de ellos tenían por objeto aclarar la interpretación del artículo y, como tales, deben tenerse en cuenta para interpretar y aplicar los convenios concluidos antes de su adopción, ya que responden al consenso de los países miembros de la OCDE en cuanto a la interpretación correcta de las disposiciones existentes y su aplicación a situaciones específicas (véase el párrafo 35 de la Introducción).

4. Los cambios introducidos en los Comentarios ligados a la inclusión del apartado 4.1 y a las modificaciones de los apartados 4, 5 y 6 del artículo, efectuadas como resultado de la adopción del Informe sobre la Acción 7 del Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, tienen solo intención prospectiva y, como tales, no afectan a la interpretación de las disposiciones anteriores del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE ni de los convenios fiscales que hayan recogido sus disposiciones, en particular en lo que se refiere a la interpretación de los apartados 4 y 5 del artículo, en su formulación previa a la introducción de estos cambios (véase el párrafo 4 de ese Informe).

5. En muchos Estados, una empresa extranjera puede estar autorizada u obligada a registrarse a los fines del impuesto sobre el valor añadido o sobre los bienes y servicios (IVA/IBS) con independencia de que tenga o no en ese Estado un lugar fijo de negocios desde el que realiza total o parcialmente su actividad o del hecho de que se considere, en aplicación del apartado 5 del artículo 5, que tiene un establecimiento permanente en ese Estado. No obstante, el tratamiento aplicado por razón del IVA/IBS es irrelevante a los efectos de la interpretación y aplicación de la definición del concepto de "establecimiento permanente" en el Convenio. Por tanto, al aplicar esta definición, no debe extraerse conclusión alguna del tratamiento que reciba la empresa extranjera a los efectos del IVA/IBS, ni siquiera del hecho de que la empresa extranjera se haya registrado a los efectos de estos impuestos.[1]

[1] Véase el párrafo 337 del Informe sobre la Acción 1 del Proyecto BEPS ("... es importante subrayar el hecho de que el registro a efectos del IVA es independiente de la determinación de si existe un establecimiento permanente

Apartado 1

6. El apartado 1 da una definición general del término "establecimiento permanente" que resalta las características esenciales de este concepto a los efectos del Convenio; esto es, un *situs* diferenciado, un "lugar fijo de negocios". El apartado define el término "establecimiento permanente" como un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. Así pues, las condiciones contenidas en esta definición son las siguientes:

— la existencia de un "lugar de negocios"; es decir, de instalaciones como, por ejemplo, un local o, en determinados casos, maquinaria o equipo;

— este lugar de negocios debe ser "fijo"; esto es, debe estar establecido en un lugar determinado y con cierto grado de permanencia;

— la realización de las actividades de la empresa mediante este lugar fijo de negocios. Esto significa habitualmente que las personas que de un modo u otro dependen de la empresa (el personal) realizan las actividades de la empresa en el Estado en que está situado el lugar fijo.

7. Cabría argumentar quizá que la definición general debiera mencionar la otra característica del establecimiento permanente que se ha considerado importante en el pasado, a saber, el carácter productivo de su actividad, esto es, su contribución a los beneficios de la empresa. La definición actual no sigue este criterio. Es en efecto evidente que, en el marco de una organización empresarial bien dirigida, cada parte contribuye a la productividad del conjunto. De lo que no se infiere necesariamente que, por el hecho de que un establecimiento particular tenga un "carácter productivo" en el marco general de la organización, deba considerársele como un establecimiento permanente al que puedan atribuírsele beneficios a efectos de la imposición en un territorio determinado (véanse los Comentarios al apartado 4).

8. También es importante destacar que la forma de llevar a cabo la actividad evoluciona con el tiempo, por lo que los hechos y las disposiciones aplicables en un momento dado pueden dejar de ser pertinentes tras un cambio en la forma de ejercer la actividad en un cierto Estado. Es obvio que el que exista o no un establecimiento permanente en un Estado en un cierto período debe determinarse en función de las circunstancias aplicables a ese periodo y no a las que concurran en un período anterior o posterior, como el que precedió a la adopción de esas nuevas disposiciones que modificaron la forma de ejercer la actividad.

9. Del mismo modo, la determinación de si una empresa de un Estado contratante tiene o no un establecimiento permanente en el otro Estado contratante debe tomarse independientemente de la determinación de qué disposiciones del Convenio son aplicables a los benefi-

(EP) a los efectos del impuesto sobre la renta") OCDE (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, *Informe final de la Acción 1 - 2015*, OCDE/G20. Erosión de las bases imponibles y traslado de beneficios. Publicaciones OCDE, París, [disponible también en francés] http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en. Consúltese la nota a pie de página 24 de las Directrices internacionales sobre IVA/IBS ("A los efectos de estas Directrices, se entiende que un establecimiento está constituido por un lugar fijo de negocios con infraestructura suficiente en términos de personal, sistemas y activos, como para tener capacidad para recibir o efectuar las prestaciones. El registro a efectos del IVA no constituye en sí mismo un establecimiento a los fines de estas Directrices. Se propone a los países publicar lo que constituye un «establecimiento» conforme a su legislación interna sobre el IVA") OCDE (2017), *International VAT/GST Guidelines*, Publicaciones OCDE, París, http:// dx.doi.org/10.1787/9789264271401-en [disponible también en francés].

cios obtenidos por esa empresa. Por ejemplo, una granja o una oficina de alquiler de apartamentos situadas en un Estado contratante y explotadas por un residente del otro Estado contratante, pueden constituir un establecimiento permanente con independencia de que los beneficios que puedan atribuirse a dicho establecimiento permanente constituyan rentas procedentes de bienes inmuebles cubiertos por el artículo 6. Aun cuando la existencia de un establecimiento permanente en estos casos pueda no ser relevante para la aplicación del artículo 6, seguirá siendo pertinente a los efectos de otras disposiciones, como por ejemplo los apartados 4 y 5 del artículo 11, el subapartado *c*) del apartado 2 del artículo 15 y el apartado 3 del artículo 24.

10. El término "lugar de negocios" abarca los locales, instalaciones o equipos utilizados para la realización de las actividades de la empresa, sirvan o no exclusivamente a ese fin. Un lugar de negocios puede existir incluso cuando no se disponga ni se necesite local alguno para la realización de las actividades de la empresa, y esta simplemente disponga de cierto espacio. Poco importa que la empresa sea propietaria o arrendataria del local, instalación o equipo, o que disponga de ellos por otra causa. Así, el lugar de negocios puede estar constituido por un puesto dentro de un mercado o por determinado emplazamiento utilizado de manera permanente en un depósito aduanero (por ejemplo, para el almacenamiento de mercancías sujetas a derechos aduaneros). El lugar de negocios también puede encontrarse en las instalaciones de otra empresa. Este sería el caso, por ejemplo, de una empresa extranjera que tuviera permanentemente a su disposición determinados locales, o parte de ellos, pertenecientes a otra empresa.

11. Como se ha indicado con anterioridad, el mero hecho de que una empresa tenga a su disposición un determinado espacio que se utiliza para actividades de negocios es suficiente para que constituya un "lugar de negocios", no siendo necesario que la citada empresa tenga un derecho legítimo formal para utilizar el emplazamiento. Así, por ejemplo, puede existir un establecimiento permanente cuando una empresa ocupe de forma ilegal un emplazamiento desde el que explota su actividad.

12. Aunque la existencia de un derecho legal formal para utilizar un determinado emplazamiento no es indispensable para que este constituya un establecimiento permanente, la simple presencia de una empresa en cierto emplazamiento no implica necesariamente que este emplazamiento esté a disposición de la empresa. El hecho de que se pueda considerar que un emplazamiento está a disposición de una empresa de manera que pueda constituir un "lugar de negocios mediante el cual se desarrolla toda o parte de la actividad la empresa" dependerá tanto de que dicha empresa tenga realmente la potestad para utilizar ese emplazamiento como del grado de presencia de la empresa en el mismo y de las actividades que allí realice. Esto se ilustra con los siguientes ejemplos. Cuando una empresa tiene un derecho legítimo a utilizar en exclusiva un determinado emplazamiento que se usa únicamente para el ejercicio de su propia actividad (por ejemplo, cuando ésta tiene la posesión legal del emplazamiento), dicho emplazamiento está claramente a disposición de la empresa. Lo mismo ocurre cuando a una empresa se le permite utilizar un determinado emplazamiento que pertenece a otra empresa o cuyo uso comparten varias empresas, y ejerce su actividad en dicho emplazamiento de forma continua durante un período de tiempo prolongado. No será así, sin embargo, cuando la presencia de la empresa en ese emplazamiento sea tan discontinuada o incidental que no permita considerarlo como un lugar de negocios de la empresa (por ejemplo, cuando los empleados de una empresa tengan acceso a las instalaciones de

empresas asociadas que visitan a menudo, pero en las que no trabajan durante un período de tiempo prolongado). Puede afirmarse que cuando una empresa no tiene derecho a estar presente en un emplazamiento y, de hecho, no lo utiliza, ese emplazamiento no está a disposición de la empresa. Así, por ejemplo, no puede considerarse que una factoría que posee y usa exclusivamente un proveedor o un fabricante por contrato está a disposición de una empresa que recibe los bienes producidos en esa factoría por el mero hecho de que todos esos bienes vayan a utilizarse en el marco de la actividad de esa empresa (véanse también los párrafos 65, 66 y 121 más adelante). También es importante recordar que incluso si un determinado lugar es un lugar de negocios a través del que una empresa desarrolla parte de su actividad, este lugar no se considerará como un establecimiento permanente si el apartado 4 se aplica a las actividades desarrolladas en el mismo.

13. Estos principios se ilustran con los siguientes ejemplos adicionales en los que las personas que representan a una empresa están presentes en los locales de otra.

14. El primer ejemplo es el de un vendedor que visita periódicamente a un cliente importante para tomarle sus pedidos, a tal fin, se reúne con el director de compras en el despacho de este. En este caso los locales del cliente no están a disposición de la empresa para la que trabaja el vendedor y, por tanto, no constituyen un lugar de negocios mediante el que se lleven a cabo las actividades de dicha empresa (no obstante, dependiendo de las circunstancias, podría ser de aplicación el apartado 5, según el cual existiría un establecimiento permanente).

15. Un segundo ejemplo es el de un empleado de una sociedad al que se autoriza, durante un período largo de tiempo, a utilizar un despacho en las oficinas centrales de otra sociedad (por ejemplo, una filial adquirida recientemente) con el fin de que se asegure de que esta última cumple con las obligaciones contractuales contraídas con la primera. En este caso el empleado realiza actividades vinculadas a la actividad de la primera sociedad y el despacho del que dispone en la sede de la segunda sociedad constituye un establecimiento permanente de su empleador, siempre que dicho despacho esté a su disposición durante un período lo suficientemente largo como para constituir "un lugar fijo de negocios" (véanse los párrafos 28 a 34) y que las actividades ejercidas en dicho lugar no se limiten a las descritas en el apartado 4 del artículo.

16. El tercer ejemplo es el de una empresa de transportes por carretera que utiliza cada día durante varios años el muelle de descarga que hay en el almacén de un cliente con objeto de entregarle las mercancías adquiridas por dicho cliente. En este caso la presencia de la empresa de transportes por carretera en el muelle de descarga es tan limitada que no cabe considerar que ese lugar está a su disposición de forma que pudiera constituir un establecimiento permanente de dicha empresa.

17. Un cuarto ejemplo es el de un pintor que, durante dos años, pasa tres días a la semana en un edificio grande de oficinas de su principal cliente. En este caso, la presencia del pintor en ese edificio de oficinas donde realiza las funciones más importantes de su actividad económica (es decir, pintar) constituirá un establecimiento permanente del pintor.

18. Aun cuando la actividad de una empresa pueda ejercerse en parte desde un emplazamiento tal como un despacho situado en el domicilio de una persona, esto no debe llevar automáticamente a la conclusión de que ese emplazamiento está a disposición de la empre-

sa, simplemente porque lo use una persona (por ejemplo, un empleado) que trabaja para la empresa. La determinación de si un despacho en un domicilio constituye un emplazamiento a disposición de la empresa dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. En muchas ocasiones, el ejercicio de una actividad económica en el domicilio de una persona (por ejemplo, un empleado) será tan discontinuado o incidental que el domicilio no se considerará como un emplazamiento a disposición de la empresa (véase el párrafo 12 anterior). Sin embargo, cuando una oficina en el domicilio se use de forma continuada para ejercer una actividad para una empresa y de los hechos y circunstancias del caso pueda concluirse claramente que la empresa ha obligado a esa persona a utilizar ese emplazamiento para el ejercicio de la actividad (por ejemplo, no proporcionando un despacho a un empleado cuando las circunstancias de su trabajo claramente lo requieran), puede considerarse que el despacho del domicilio está a disposición de la empresa.

19. Un ejemplo claro de ello lo constituye una asesora no residente que está presente durante un cierto número de años en un cierto Estado en el que desarrolla la mayor parte de las actividades empresariales de su propia empresa de consultoría, desde un despacho acondicionado en su domicilio en ese Estado. En ese caso, el despacho de su domicilio constituye un emplazamiento a disposición de la empresa. Sin embargo, cuando un trabajador transfronterizo lleva a cabo la mayor parte de su trabajo desde su domicilio situado en un Estado, en lugar de desde la oficina puesta a su disposición en el otro Estado, no debe considerarse que el domicilio está a disposición de la empresa ya que esta no le ha exigido que use su casa para el ejercicio de su actividad. Conviene señalar, no obstante, que dado que la gran mayoría de los empleados reside en el Estado donde su empleador tiene a su disposición uno o más lugares de negocio a los que rinden cuentas esos empleados, la cuestión de si un despacho en el domicilio constituye o no un emplazamiento a disposición de una empresa se planteará en la práctica en pocas ocasiones. Asimismo, las actividades desarrolladas en un despacho en el domicilio tendrán frecuentemente carácter auxiliar, por lo que estarán incluidas en la excepción del apartado 4.

20. La palabra “mediante” debe entenderse en su significado más amplio para permitir su aplicación a toda situación en la que se realice una actividad económica en un lugar específico que está a disposición de la empresa a este objeto. Así, se considerará, por ejemplo, que una empresa que pavimenta una carretera realiza sus actividades “mediante” el emplazamiento en el que se desarrolla esta actividad.

21. Según la definición, el lugar de negocios debe ser “fijo”. En consecuencia, normalmente existirá una vinculación entre el lugar de negocios y un punto geográfico determinado. Es irrelevante el período durante el cual una empresa de un Estado contratante opera en el otro Estado contratante si no lo hace en un lugar determinado, pero esto no significa que el equipo que constituye el lugar de negocios tenga que estar materialmente fijado al suelo; basta con que el equipo permanezca en un lugar determinado (véase, sin embargo, el párrafo 57 más adelante).

22. Si la naturaleza de la actividad que desarrolla una empresa implica el traslado frecuente de la actividad entre ubicaciones próximas, podría resultar difícil determinar si existe un “lugar de negocios” único (cuando ocupe dos lugares de negocios y se cumplan los demás requisitos del artículo 5, obviamente la empresa tendrá dos establecimientos permanentes). Según se establece en los párrafos 51 y 57 más adelante, se considerará por regla general que

existe un lugar de negocios único si, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades, cabe determinar que una ubicación concreta dentro de la cual se desplazan dichas actividades constituye una unidad comercial y geográfica coherente, con respecto a la actividad económica en cuestión.

23. Se puede ilustrar este principio con algunos ejemplos. Es obvio que una mina constituye un lugar de negocios único, aunque las actividades relacionadas con dicho negocio se trasladen de una ubicación a otra dentro de lo que podría ser una mina de grandes dimensiones, dado que constituye una sola unidad geográfica y comercial con respecto a la actividad minera. Del mismo modo, un "centro de oficinas", en el que una empresa consultora alquila regularmente diferentes despachos, puede considerarse como un lugar de negocios único de la empresa citada puesto que, en este caso, el edificio constituye un todo geográfico y el centro de oficinas es un lugar de negocio único para la empresa consultora. Por los mismos motivos, una calle peatonal, un mercado al aire libre o una feria ambulante en los que un comerciante instala habitualmente su puesto constituyen un lugar de negocios único para dicho comerciante.

24 En contraposición, cuando no exista coherencia comercial, el hecho de que las actividades puedan desarrollarse dentro de una zona geográfica delimitada no implicará que deba considerarse dicha zona como un lugar de negocios único. Por ejemplo, si un pintor trabaja sucesivamente al amparo de una serie de contratos que no guardan ninguna relación entre sí para un grupo de clientes que tampoco tienen relación entre sí y desarrolla dicha actividad en un gran edificio de oficinas, de forma que no puede considerarse que existe un único proyecto de reforma del edificio, no cabrá considerar al edificio como un lugar de negocios único a efectos de estos trabajos. No obstante, si tomamos el ejemplo de otro pintor que, con sujeción a un único contrato, lleva a cabo unas obras en todo un edificio por encargo de un solo cliente, el trabajo representará un proyecto único para el pintor y cabrá considerar al edificio en su conjunto como un lugar de negocios único a efectos de esos trabajos, dado que constituye una unidad comercial y geográfica coherente.

25. A la inversa, una zona en la que se desarrollan actividades que forman parte de un solo proyecto que constituye una unidad comercial coherente, puede carecer de la coherencia geográfica necesaria para considerarla como un lugar de negocios único. Por ejemplo, si un consultor trabaja en diferentes sucursales con emplazamientos distintos en el marco de un único proyecto de formación de los empleados de un banco, habrá que considerar cada una de las sucursales por separado. No obstante, si el consultor se traslada de una oficina a otra dentro de la misma sucursal, habrá que considerar que permanece en el mismo lugar de negocios. La sucursal ubicada en un mismo lugar posee una coherencia geográfica que no está presente en el caso del consultor que se traslada de una sucursal a otras con diferente emplazamiento.

26 Un buque que navega en aguas internacionales o entre uno o más Estados no está fijo y, por tanto, no constituye un lugar fijo de negocios (salvo si la explotación del buque se limita a una zona concreta que tenga coherencia comercial y geográfica). Las actividades ejercidas a bordo de dicho buque, por ejemplo la explotación de una tienda o de un restaurante, deben tratarse de la misma forma a los fines de determinar si se aplica el apartado 1 (el apartado 5 podrá aplicarse, no obstante, a algunas de estas actividades, por ejemplo cuando los contratos están relacionados con la explotación de tal tienda o restaurante en un Estado).

27. Obviamente, un establecimiento permanente puede entenderse situado en un Estado contratante únicamente cuando el lugar de negocios en cuestión esté ubicado en el territorio de dicho Estado. La cuestión de si un satélite en órbita geoestacionaria constituye un establecimiento permanente de su operador está relacionada en parte con la cuestión de hasta dónde se proyecta hacia el espacio el territorio de un Estado. Ningún Estado miembro afirmaría que la ubicación de esos satélites puede considerarse parte del territorio de un Estado contratante en virtud de las disposiciones aplicables del Derecho internacional, ni que pueda considerarse por tanto un establecimiento permanente allí situado. Del mismo modo, el área concreta en la que se reciben las señales del satélite ("huella del satélite") tampoco puede considerarse a disposición del operador del satélite con la intención de convertirla en su lugar de negocios.

28. Puesto que el lugar de negocios debe ser fijo, se deduce que habrá que considerar que existe un establecimiento permanente exclusivamente cuando el lugar de la actividad económica tenga un cierto grado de permanencia, es decir, cuando no sea de índole meramente temporal. Ahora bien, un lugar de negocios puede constituir un establecimiento permanente aunque, en la práctica, exista únicamente durante un período muy corto, porque la naturaleza misma del negocio determine que solo se pueda llevar a cabo durante ese corto período. En ocasiones no es fácil determinar si este es o no el caso. Aunque las prácticas adoptadas por los países miembros en lo tocante a los requisitos temporales han diferido, la experiencia ha demostrado que lo normal es considerar que no existe establecimiento permanente en aquellas situaciones en las que la actividad económica se desarrolla en un país a través de una sede que se mantiene durante menos de seis meses (a la inversa, la experiencia demuestra que hay muchos casos en los que se ha considerado que existía establecimiento permanente cuando el lugar de negocios se mantenía durante un período superior a seis meses). Las actividades de naturaleza recurrente han constituido una excepción; en tales casos, cada período durante el que se utiliza el lugar de negocios tiene que considerarse conjuntamente con el número de veces en las que se utiliza dicho lugar (que puede prolongarse durante varios años). Otra excepción ha sido la de las actividades que constituyen una actividad económica explotada exclusivamente en el país considerado; en ese caso, la actividad económica puede durar poco por razón de su naturaleza pero, dado que se desarrolla íntegramente en ese país, su conexión el mismo es muy fuerte. Para facilitar la aplicación práctica, se invita a los países a considerar estas prácticas cuando aborden divergencias respecto a si un lugar de negocios que existe solamente durante un corto período de tiempo constituye o no un establecimiento permanente.

29. Las actividades de naturaleza recurrente han constituido una excepción a esta práctica generalizada; en tales casos, cada período durante el que se utiliza el lugar de negocios tiene que considerarse conjuntamente con el número de veces en las que se utiliza dicho lugar (que puede prolongarse durante varios años). Esa excepción se ilustra con el siguiente ejemplo. Una empresa del Estado R lleva a cabo operaciones de perforación en un lugar remoto del Estado F en el Ártico. Las condiciones estacionales en ese lugar impiden desarrollar dichas operaciones durante más de tres meses al año, pero lo previsto es estas duren cinco años. En ese caso, dada la naturaleza de las operaciones propias del negocio en ese lugar, podría considerarse que se cumple el requisito temporal para la existencia de un establecimiento permanente debido a la naturaleza recurrente de la actividad con independencia de que las presencias continuadas sean inferiores a seis meses; el requisito temporal se podría cumplir

de manera similar en el caso de períodos recurrentes más cortos, circunstancia que vendría determinada por la naturaleza específica del negocio de que se trate.

30. Otra excepción a esta práctica general ha sido la de las actividades que constituían un negocio explotado exclusivamente en ese país; en esta situación, la actividad puede ser de duración breve debido a su naturaleza, pero dado que se lleva a cabo en su totalidad en ese país, su vinculación al mismo es más fuerte. Esta excepción se ilustra con el siguiente ejemplo. Una persona física residente del Estado R ha tenido conocimiento de que se va a rodar un documental televisivo en un pueblo remoto del Estado F donde sus padres todavía disponen de una amplia casa. El documental requerirá la presencia en ese pueblo de unos cuantos actores y técnicos durante un periodo de cuatro meses. Dicha persona acuerda contractualmente con el productor del documental prestar a los actores y técnicos un servicio de hostelería durante ese período de cuatro meses y, en cumplimiento del contrato, utiliza como cantina la casa de sus padres, que gestiona durante ese período como propietaria única de la misma. Éstas son las únicas actividades del negocio que desarrolla y la empresa finaliza después de ese periodo; la cantina será por tanto el único lugar donde se desarrollará, íntegramente, el negocio de dicha empresa. En ese caso, se podría considerar que se cumple el requisito temporal para la existencia de establecimiento permanente ya que el servicio de restauración se presta durante toda la existencia de esa actividad económica concreta. Sin embargo, la situación sería distinta si una empresa residente del Estado R que explota varias instalaciones de hostelería en el Estado R explotara una cantina en el Estado F durante el período de cuatro meses de producción del documental. En ese caso, la actividad de la empresa, que se desarrolla de forma permanente en el Estado R, solo se estaría desarrollando en el Estado F de forma temporal.

31. Para facilitar la aplicación práctica de las disposiciones del artículo, los países pueden estar interesados en tener en cuenta los ejemplos citados en los párrafos 28 a 30, cuando se enfrenten a controversias sobre si un lugar de negocios concreto que existe únicamente para un breve período constituye o no un establecimiento permanente.

32. Como se menciona en los párrafos 44 y 55, las interrupciones temporales de las actividades no implican que deje de existir un establecimiento permanente. Del mismo modo, como se expone en el párrafo 6, cuando un determinado lugar de negocios se utiliza únicamente durante períodos cortos, pero esta utilización se repite regularmente a lo largo de un período prolongado, no cabe considerar que el lugar de negocios sea de naturaleza meramente temporal.

33. Además, cabe la posibilidad de que un determinado lugar de negocios se utilice durante períodos muy cortos para un cierto número de actividades similares ejercidas por una misma persona o varias personas relacionadas entre sí, en un intento de evitar que se considere que cada uno de los negocios individuales ha utilizado ese emplazamiento más que con fines meramente temporales. También son válidas para este tipo de situaciones las observaciones contenidas en los párrafos 52 y 53 sobre las fórmulas que se utilizan con objeto de saltarse el período de 12 meses que establece el apartado 3.

34. Cuando un lugar de negocios que, en un principio, se concibió para ser utilizado durante un período lo suficientemente corto como para no ser considerado un establecimiento permanente, pero que se mantiene de hecho durante un período cuya duración no permita atribuirle un carácter temporal, pasará a convertirse en un lugar fijo de negocios y, por tanto, retrospectivamente, en un establecimiento permanente. Un lugar de negocios puede constituir asimismo

un establecimiento permanente desde su inicio, aunque en la práctica haya existido durante un período muy breve, si debido a circunstancias especiales (por ejemplo, el fallecimiento del contribuyente o el fracaso de las inversiones) tuvo que liquidarse prematuramente.

35. Para que un lugar de negocios constituya un establecimiento permanente, la empresa que lo utiliza debe realizar sus actividades, en todo o en parte, a través del mismo. Como se ha indicado en el párrafo 3 anterior, no es necesario que la actividad tenga un carácter productivo. Además, no tiene que ser permanente en el sentido de que no se interrumpa, si bien debe realizarse de una manera regular.

36. Cuando una empresa de un Estado contratante alquila o arrienda a terceros activos tangibles –como instalaciones, equipos industriales, comerciales o científicos o inmuebles– o activos intangibles –como patentes, procedimientos de fabricación o activos similares– a través de un lugar fijo de negocios del que dispone en el otro Estado, esta actividad conferirá, en general, al lugar de negocios el carácter de establecimiento permanente. Lo mismo sucede si se ponen capitales a disposición de terceros por medio de un lugar fijo de negocios. Si una empresa de un Estado alquila o arrienda instalaciones, equipos industriales, comerciales o científicos, inmuebles o bienes intangibles a una empresa del otro Estado sin disponer de un lugar fijo de negocios en ese otro Estado para dicha actividad de arrendamiento o alquiler, las instalaciones, los equipos industriales, comerciales o científicos, los inmuebles o los intangibles cedidos no constituirán por sí solos un establecimiento permanente del arrendador, siempre que el contrato se limite al simple arrendamiento del equipo, etc. Seguirá siendo el mismo caso incluso cuando, por ejemplo, tras la instalación, el arrendador proporcione el personal responsable del funcionamiento del equipo, a condición de que la responsabilidad de dicho personal se limite a hacer funcionar o a mantener el citado equipo industrial, comercial o científico bajo la dirección, responsabilidad y control del arrendatario. Si la responsabilidad del personal es más amplia, por ejemplo, si participa en las decisiones relativas al trabajo para el que se emplea el equipo o si maneja, repara, inspecciona o mantiene el equipo industrial, comercial o científico bajo la responsabilidad y el control del arrendador, la actividad de este último puede exceder el simple arrendamiento de equipos y constituir una actividad económica. En tal caso podrá considerarse que existe un establecimiento permanente si se cumple el criterio de permanencia. Cuando dichas actividades vayan unidas o tengan un carácter análogo a las mencionadas en el apartado 3, será aplicable el plazo de doce meses. Otros casos deberán resolverse en función de las circunstancias.

37. El arrendamiento de contenedores constituye un caso particular de arrendamiento de equipos industriales o comerciales que, sin embargo, presenta características específicas. La determinación de las circunstancias en que se considera que una empresa dedicada al arrendamiento de contenedores tiene un establecimiento permanente en otro Estado se examina más ampliamente en el informe titulado "La imposición de las rentas derivadas del arrendamiento de contenedores" ("The Taxation of Income Derived from the Leasing of Containers"/ "L'imposition provenant de la location de conteneurs")[2].

38. Otro ejemplo en el que no puede considerarse que una empresa realice toda o parte de su actividad a través de un lugar de negocios es el de un operador de telecomunicaciones de

[2] El informe se reproduce en el Volumen II, página R(3)-1, de la versión íntegra del *Modelo de Convenio tributario de la OCDE*.

un Estado contratante que firme un contrato de "itinerancia" con un operador extranjero a fin de permitir a sus usuarios conectarse a la red de telecomunicaciones del operador extranjero. En virtud de tal contrato, un usuario que se encuentre fuera de la cobertura de su red nacional podrá efectuar y recibir automáticamente llamadas de voz, enviar y recibir datos o acceder a otros servicios utilizando la red extranjera. El operador de red extranjero facturará al operador de la red nacional del usuario por ese uso. Según los términos de un contrato de itinerancia clásico, el operador de la red nacional se limita a transferir la llamada a la red extranjera y no opera sobre dicha red ni tiene acceso físico a ella. Es por esto que no puede considerarse que un lugar cualquiera en el que se sitúe la red extranjera está a disposición del operador de red nacional, ni considerarse, por tanto, establecimiento permanente de ese operador.

39. Para una empresa, existen diversas formas de ejercer su actividad. En la mayor parte de los casos, es el empresario o personas con una relación laboral con la empresa (el personal) quienes realizan la actividad. Este personal incluye a los empleados y otras personas que reciban instrucciones de la empresa (por ejemplo, los agentes dependientes). Las facultades de las que dispongan estas personas en su relación con terceros son irrelevantes. Es indiferente que el agente dependiente esté o no autorizado para firmar contratos si presta sus servicios en el lugar fijo de negocios de la empresa (véase el párrafo 100 más adelante). No obstante, como se explica en el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 15, puede haber casos en los que personas físicas formalmente empleadas por una empresa ejerzan en realidad la actividad de otra empresa y en los que, por tanto, no deba considerarse que la primera empresa ejerce su propia actividad en el emplazamiento en el que dichas personas físicas desarrollen su trabajo. En el seno de los grupos multinacionales es relativamente frecuente que los empleados de una empresa se desplacen temporalmente a otra empresa del grupo y que realicen actividades claramente enmarcadas en la actividad de esa otra empresa. En estos casos es frecuente que, razones administrativas (por ejemplo, la necesidad de conservar los derechos de antigüedad o de pensión) impidan modificar el contrato de trabajo. El análisis que se describe en los párrafos 8.13 a 8.15 de los Comentarios al artículo 15 será pertinente a los efectos de distinguir estos casos de otros en los que los empleados de una empresa extranjera lleven a cabo las actividades propias del negocio de esa empresa.

40. Una empresa puede ejercer también su actividad a través de subcontratas que intervengan solas o junto con empleados de la empresa. En ese caso, no se determinará la existencia de un establecimiento permanente más que cuando se cumplan las restantes condiciones del artículo 5 (lo que, no obstante, no permite abordar otra cuestión distinta, a saber: el importe de los beneficios atribuibles a ese establecimiento permanente). En el contexto del apartado 1, la existencia de un establecimiento permanente en esas circunstancias requerirá que los subcontratados lleven a cabo el trabajo de la empresa en un lugar fijo de negocios que esté a disposición de la empresa. Para determinar si un lugar fijo de negocios en el que los subcontratados llevan a cabo el trabajo de una empresa está a disposición de la misma se recurrirá a las orientaciones contenidas en el párrafo 12. No obstante, en ausencia de empleados de la empresa, será necesario demostrar que ese lugar está a disposición de la empresa basándose para ello en otros factores que prueben que la empresa manifiestamente tiene la capacidad efectiva de utilizar ese emplazamiento, por ejemplo porque la empresa lo ocupe o tenga la posesión legal sobre él y controle el acceso al mismo y su utilización. El párrafo 54 ilustra esta situación en el caso de una obra. Esta situación puede producirse igualmente en otras circunstancias. Podría citarse como ejemplo el caso de una empresa que

posee un pequeño hotel, cuyas habitaciones alquila a través de internet y que ha subcontratado la explotación *in situ* a una sociedad a la que remunera sobre la base de los costes incrementados en un margen.

41. También puede existir un establecimiento permanente cuando las actividades de la empresa se realizan principalmente mediante equipos automáticos y la actividad del personal se limita a la instalación, manejo, control y mantenimiento de tales equipos. Por tanto, que las máquinas de juego, las expendedoras y otras similares, instaladas por una empresa de un Estado contratante en el otro Estado constituyan o no un establecimiento permanente dependerá de que la empresa realice o no una actividad económica distinta de la consistente en la instalación inicial de las máquinas. No existirá establecimiento permanente si la empresa se limita a instalar las máquinas y después las cede en arrendamiento a otras empresas. Por el contrario, puede existir un establecimiento permanente si la empresa que instala las máquinas las explota y mantiene por cuenta propia. Este criterio es igualmente aplicable si las máquinas las explota y mantiene un agente dependiente de la empresa.

42. De la definición del término "empresa de un Estado contratante" que figura en el artículo 3 se deduce que este término, tal como se utiliza en el artículo 7, así como el término "empresa" utilizado en el artículo 5, se refieren a cualquier forma de empresa explotada por un residente de un Estado contratante, con independencia de que su forma jurídica sea la de sociedad de capital, sociedad de personas, empresa individual u otra. Puede ocurrir que empresas distintas colaboren en un mismo proyecto y la respuesta a la cuestión de si su colaboración constituye una empresa distinta (por ejemplo, en forma de sociedad de personas) dependerá de los hechos y de la legislación interna de cada Estado. Claramente, si dos personas que explotan por separado cada una de ellas una empresa, deciden formar una sociedad en la que ambas sean accionistas, esta sociedad constituye una persona jurídica que ejercerá lo que pasa a ser una empresa distinta. Sin embargo, ocurrirá frecuentemente que empresas distintas simplemente acuerden desarrollar cada una de ellas una parte distinta de un mismo proyecto y que estas empresas no ejerzan conjuntamente una actividad empresarial, que no compartan los beneficios que de ella se deriven y que no sean responsables por las actividades respectivas vinculadas a ese proyecto, aunque puedan compartir el resultado global del proyecto o la contraprestación por las actividades que se desarrollarán en el marco de ese proyecto. En tal caso, será difícil considerar que se ha creado una empresa distinta. Aun cuando en muchos países un acuerdo de esta naturaleza constituiría una "empresa en participación" el significado de este término depende de la legislación interna y por tanto es posible que, en algunos países el término "empresa en participación" haga referencia a una empresa distinta.

43. En el caso de una empresa que adopta la forma de sociedad de personas fiscalmente transparente, cada socio explota la empresa y, respecto de la parte de los beneficios correspondiente a cada uno de ellos, se considerará como una empresa de cada Estado contratante en el que un socio sea residente. Si esta sociedad de personas dispone de un establecimiento permanente en un Estado contratante, la parte de los beneficios correspondiente a cada socio que pueda atribuirse al establecimiento permanente constituirá, por tanto, a los efectos del artículo 7, un beneficio obtenido por una empresa del Estado contratante en el que ese socio sea residente (véase también el párrafo 56 más adelante).

44. Un establecimiento permanente comienza a existir desde el momento en que la empresa inicia su actividad por medio de un lugar fijo de negocios. Esto ocurre desde que la

empresa prepara, en el lugar de negocios, la actividad para la que este servirá permanentemente. No se tomará en consideración el período dedicado por la empresa a la instalación del propio lugar de negocios, siempre y cuando esta actividad difiera sustancialmente de aquella a la que vaya a servir permanentemente dicho lugar de negocios. El establecimiento permanente dejará de existir con la enajenación del lugar fijo de negocios o con el cese de las actividades realizadas con su mediación; esto es, cuando finalicen todas las actuaciones y medidas vinculadas a la actividad anterior del establecimiento permanente (liquidación de las operaciones mercantiles corrientes, mantenimiento y reparación de las instalaciones). Sin embargo, una interrupción temporal de las operaciones no puede considerarse como cierre. Si el lugar fijo de negocios se cede en arrendamiento a otra empresa, normalmente solo servirá a las actividades de esa empresa y no a las del arrendador; por lo general, el establecimiento permanente del arrendador dejará de existir, salvo que continúe realizando una actividad económica propia a través del lugar fijo de negocios.

Apartado 2

45. Este apartado contiene una lista, en absoluto exhaustiva, de ejemplos de lugares de negocios que pueden considerarse cada uno de ellos constitutivos de establecimiento permanente conforme a los términos del apartado 1, y siempre que satisfagan los requisitos de ese apartado. Dado que estos ejemplos deben leerse en el contexto de la definición general contenida en el apartado 1, los términos que se enumeran, "sede de dirección", "sucursal", "oficina", etc., tienen que interpretarse de forma que esos lugares de negocio constituyan establecimientos permanentes únicamente si cumplen las condiciones del apartado 1 y no son lugares de negocios a los que pueda aplicarse el apartado 4.

46. El término "sede de dirección" se cita expresamente porque no ha de ser necesariamente una "oficina". Sin embargo, cuando la legislación de los dos Estados contratantes no diferencie entre los conceptos de "sede de dirección" y "oficina", no será necesario hacer referencia a la primera en el convenio bilateral.

47. El subapartado *f)* establece que las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras y cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales son establecimientos permanentes. La expresión "cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales" debe interpretarse en un sentido amplio. Incluye, por ejemplo, cualquier lugar de extracción de hidrocarburos en tierra o en el mar.

48. El subapartado *f)* se refiere a la extracción de recursos naturales, pero no menciona la prospección de dichos recursos, ya sea en tierra o en el mar. Por tanto, cuando las rentas que generan esas actividades se consideren beneficios de actividades económicas, la determinación de si dichas actividades se realizan mediante un establecimiento permanente se rige por el apartado 1. No obstante, dado que no ha sido posible adoptar una posición común respecto de las cuestiones fundamentales de la atribución de las potestades tributarias y la calificación de las rentas procedentes de las actividades de prospección, los Estados contratantes pueden acordar que se incluyan disposiciones específicas. Pueden convenir, por ejemplo, que una empresa de un Estado contratante, por lo que respecta a las actividades de prospección de recursos naturales en un lugar o un área situados en el otro Estado contratante:

a) no se considere que tiene un establecimiento permanente en ese otro Estado; o

b) se considere que realiza dichas actividades mediante un establecimiento permanente en ese otro Estado; o

c) se considere que realiza actividades mediante un establecimiento permanente en ese otro Estado si la duración de las actividades excede de un período determinado.

Del mismo modo, los Estados contratantes pueden acordar someter las rentas de tales actividades a cualquier otra regla.

Apartado 3

49. Este apartado establece expresamente que una obra o un proyecto de construcción o de instalación únicamente constituye un establecimiento permanente si su duración excede de doce meses. Cualquiera de estas actividades que no cumpla esta condición no constituye por sí misma un establecimiento permanente, aunque incluya una instalación como, por ejemplo, una oficina o un taller en el sentido del apartado 2, asociada a la actividad de construcción. Sin embargo, cuando dicha oficina o taller se utilicen en varios proyectos de construcción y las actividades allí realizadas excedan de las mencionadas en el apartado 4, se considerará establecimiento permanente si se cumplen los requisitos previstos en el artículo de alguna otra forma, incluso si ninguno de los proyectos entraña una obra o un proyecto de construcción o de instalación con una duración superior a doce meses. En este caso la situación del taller o de la oficina será, pues, diferente a la de las obras o proyectos, no constituyendo ninguno de ellos un establecimiento permanente, y será importante garantizar que se atribuyan al establecimiento permanente únicamente los beneficios debidamente atribuibles a las funciones ejercidas a través de esa oficina o taller, teniendo en cuenta los activos que hayan utilizado y los riesgos que hayan asumido. Estos beneficios podrán incluir los atribuibles a las funciones ejercidas en relación con las distintas obras de construcción, pero solo en la medida en que dichas funciones se atribuyan correctamente a esa oficina.

50. La expresión "obra o proyecto de construcción o de instalación" no comprende únicamente la construcción de edificios, sino también la de carreteras, puentes o canales, la rehabilitación (que exceda del mero mantenimiento o redecoración) de edificios, carreteras, puentes o canales, el tendido de conducciones, la excavación de terrenos y el dragado de fondos. Además, la expresión "proyecto de instalación" no se limita a las instalaciones relacionadas con un proyecto de construcción; también incluye la instalación de nuevo equipo como puede ser una maquinaria compleja en un edificio ya existente o al aire libre. La planificación y supervisión *in situ* de la construcción de un edificio se encuadrarán en el apartado 3. Los Estados que deseen modificar el texto del apartado para prever explícitamente este resultado son libres de hacerlo en el ámbito de sus convenios bilaterales.

51. El criterio de los doce meses se aplica separadamente a cada obra o proyecto. Para determinar la duración de la obra o proyecto no se computará el tiempo que el contratista haya dedicado anteriormente a otras obras o proyectos con los que estos nuevos no guarden relación. Una obra de construcción deberá considerarse como una unidad incluso si se basa en varios contratos, siempre y cuando constituya un todo coherente desde el punto de vista comercial y geográfico. A reserva de esta condición, una obra constituirá una unidad incluso si los pedidos los han realizado varias personas (por ejemplo, para una hilera de casas).

52. El umbral de los doce meses ha dado lugar a abusos; en ocasiones, las empresas (principalmente contratistas o subcontratistas que operan en la plataforma continental o están

dedicados a actividades relacionadas con la prospección y la explotación de dicha plataforma) fraccionan los contratos en varias partes, cada una con una duración inferior a doce meses, y las atribuyen a sociedades diferentes, que sin embargo pertenecen al mismo grupo. Además de la posibilidad de aplicar en tales casos, según las circunstancias, medidas legislativas o judiciales antielusión, estos abusos pueden abordarse mediante la aplicación de la norma antiabuso contenida en el párrafo 9 del artículo 29, como muestra el ejemplo J del párrafo 182 de los Comentarios al artículo 29. No obstante, algunos Estados pueden preferir tratar estos abusos expresamente. Es más, los Estados que no incluyan el apartado 9 del artículo 29 en sus convenios tributarios deben incluir una disposición adicional relativa a la fragmentación de los contratos. Esta disposición puede formularse, por ejemplo, como sigue:

> Con el único propósito de determinar si se ha superado el periodo de doce meses mencionado en el apartado 3,
>
> *a*) cuando una empresa de un Estado contratante realice actividades en el otro Estado contratante en un emplazamiento que constituya una obra o un proyecto de construcción o instalación, y esas actividades se lleven a cabo durante uno o más períodos de tiempo que, en conjunto, excedan de 30 días y no superen doce meses, y
>
> *b*) una o varias empresas estrechamente vinculadas a la empresa mencionada en primer lugar lleven a cabo actividades conexas en la misma obra o proyecto de construcción o de instalación durante diferentes períodos, cada uno de los cuales exceda de 30 días,
>
> esos diferentes períodos se sumarán al período durante el que la empresa mencionada en primer lugar ha realizado actividades en esa obra o proyecto de construcción o instalación.

El concepto de "empresas estrechamente vinculadas" que se utiliza en esta disposición queda definido en el apartado 8 del artículo (véanse los párrafos 119 a 121 más adelante).

53. A los efectos de la disposición alternativa incluida en el párrafo 52, la determinación del carácter de vinculado o no de las actividades dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. Los factores que se incluyen a continuación pueden ser particularmente relevantes a estos efectos:

- Si los contratos referidos a las distintas actividades se celebraron con la misma persona, o con personas vinculadas;
- Si la celebración de contratos adicionales con una persona es la consecuencia lógica de un contrato previo firmado con dicha persona o con personas vinculadas;
- Si de no mediar consideraciones para llevar a cabo una planificación fiscal las actividades hubieran sido objeto de un único contrato;
- Si la naturaleza del trabajo que implican los distintos contratos es la misma o similar;
- Si son los mismos empleados quienes realizan las actividades previstas en los distintos contratos.

54. Una obra existe desde la fecha en que el contratista comienza su actividad, lo que incluye los trabajos preparatorios, en el país donde va a realizarse la construcción, por ejemplo, si instala una oficina de planificación para la construcción. Si una empresa (contratista general) encargada de ejecutar el proyecto total subcontrata todo el proyecto o partes del mismo a otras empresas (subcontratistas), el tiempo empleado en la obra por cada subcon-

tratista debe considerarse como tiempo empleado por el contratista general del proyecto de construcción a los efectos de determinar si este dispone de un establecimiento permanente. En ese caso, convendrá considerar que el emplazamiento de la obra está a disposición del contratista general durante el tiempo que pasen en ella los subcontratistas cuando las circunstancias indiquen que, durante ese tiempo, el contratista general tiene claramente la obra a su disposición, en razón de factores tales como el hecho de que tenga la posesión legal de ese emplazamiento, controle el acceso y uso, y asuma la responsabilidad global de lo que allí ocurra durante ese periodo. El propio subcontratista tiene un establecimiento permanente si la duración de sus actividades en la obra excede de doce meses.

55. Por regla general, la obra continúa existiendo hasta que los trabajos se terminan o se abandonan definitivamente. Por tanto, el tiempo durante el que el contratista o el subcontratista verifican la construcción o sus instalaciones normalmente se incluirá en la duración de la obra. En la práctica, la entrega de la construcción o de las instalaciones al cliente marcará normalmente el fin de la duración de los trabajos, siempre que el contratista o el subcontratista no continúen trabajando en la obra tras su entrega a fin de completar la construcción. No puede considerarse que una obra haya terminado cuando los trabajos se interrumpen temporalmente. Las interrupciones estacionales o por otra causa deben incluirse en el cálculo de la duración de la obra. Las interrupciones estacionales incluyen las debidas al mal tiempo. Las interrupciones temporales pueden estar motivadas, entre otras razones, por falta de materiales o dificultades con la mano de obra. Así, por ejemplo, si un contratista comienza los trabajos de construcción de una carretera el 1 de mayo, los interrumpe el 1 de noviembre a causa del mal tiempo o por falta de materiales, pero los reinicia el 1 de febrero del año siguiente, terminando la carretera el 1 de junio, su proyecto de construcción debe considerarse como un establecimiento permanente ya que habrán transcurrido trece meses entre la fecha de comienzo de los primeros trabajos (1 de mayo) y la fecha de terminación de la obra (1 de junio del año siguiente). Los trabajos efectuados en una obra una vez que se ha terminado la construcción por razón de una garantía que obliga a una empresa a realizar reparaciones no se incluirán normalmente en el período de construcción inicial. No obstante, dependiendo de las circunstancias, puede que haya que tener en cuenta los trabajos posteriores efectuados en la obra durante un tiempo prolongado (incluyendo los realizados por razón de la garantía) para determinar si esos trabajos se efectúan a través de un establecimiento permanente distinto. Por ejemplo, si tras la entrega de un proyecto de construcción tecnológicamente avanzado, los empleados del contratista o del subcontratista permanecen en la obra durante cuatro semanas para formar a los trabajadores del propietario, ese trabajo de formación no se considerará como un trabajo efectuado para completar la obra. El párrafo 52 anterior trata las preocupaciones derivadas del fraccionamiento de los contratos a fin de evitar que se incluyan en el proyecto de construcción inicial los trabajos de construcción ulteriores.

56. En el caso de sociedades de personas fiscalmente transparentes, el criterio de los doce meses se aplica a nivel de la sociedad de personas en lo que se refiere a sus propias actividades. Si el período invertido en la obra por los socios y los empleados de dicha sociedad supera los doce meses, se considerará que la empresa explotada a través de la sociedad de personas tiene un establecimiento permanente. Se considerará, pues, que cada socio tiene un establecimiento permanente a efectos de la tributación de su participación en los beneficios generados por la sociedad de personas independientemente de su tiempo de estancia en la obra.

Supongamos, por ejemplo, que un residente del Estado A y un residente del Estado B son socios en una sociedad de personas establecida en el Estado B, que ejerce sus actividades de construcción en una obra situada en el Estado C, que dura 10 meses. Aunque el convenio tributario entre los Estados A y C es idéntico al Modelo de Convenio de la OCDE, el apartado 3 del artículo 5 del convenio entre el Estado B y el Estado C establece que una obra constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de 8 meses. En ese caso, el umbral temporal de cada convenio se aplicará en el nivel de la sociedad de personas, pero únicamente respecto de la parte de los beneficios correspondiente a cada asociado cubierta por ese convenio. Dado que los convenios tienen umbrales temporales distintos, el Estado C tendrá derecho a gravar aquella parte de los beneficios obtenidos por la sociedad de personas atribuible al socio residente del Estado B, pero no tendrá derecho a gravar la parte atribuible al socio residente del Estado A. Esto se desprende del hecho de que mientras que las disposiciones del apartado 3 de cada convenio se aplican respecto de la misma empresa (es decir, la sociedad de personas), el resultado difiere según las distintas participaciones en los beneficios de la sociedad en función del umbral temporal previsto en el convenio aplicable a cada participación.

57. La propia naturaleza de un proyecto de construcción o de instalación puede obligar al contratista a desplazar su actividad constantemente, o al menos de vez en cuando, a medida que el proyecto avanza. Este sería el caso, por ejemplo, de la construcción de una carretera o de un canal, del dragado de un río o del tendido de conducciones. De forma análoga, cuando el montaje de las distintas partes de una estructura importante, como puede ser una plataforma marítima, se realiza en distintos lugares de un país y estas se remolcan a otro emplazamiento del citado país para su ensamblaje final, estas operaciones se inscriben en el marco de un proyecto único. En ese caso es indiferente que los trabajadores no estén presentes durante doce meses en un determinado emplazamiento. Las actividades realizadas en cada localización concreta forman parte de un único proyecto, y este debe considerarse como un establecimiento permanente si las actividades duran, en su conjunto, más de doce meses.

Apartado 4

58. Este apartado enumera algunas actividades económicas que se consideran excepciones a la definición general formulada en el apartado 1 y que, cuando se llevan a cabo a través de un lugar fijo de negocios, no son suficientes como para que esos lugares constituyan un establecimiento permanente. La parte final de este apartado establece que estas excepciones solo se aplican si las actividades enumeradas tienen carácter auxiliar o preparatorio. Dado que el subapartado *e*) se aplica a toda actividad no mencionada explícitamente en el apartado (siempre que tenga carácter auxiliar o preparatorio) las disposiciones de este apartado equivalen, de hecho, a restringir con carácter general el alcance de la definición de establecimiento permanente contenida en el apartado 1 y, cuando se interpretan conjuntamente con ese apartado, aportan un criterio más estricto mediante el que delimitar lo que constituye un establecimiento permanente. Estas disposiciones limitan considerablemente la definición contenida en el apartado 1 y excluyen de su ámbito relativamente amplio una serie de lugares fijos de negocios que, dado que las actividades económicas realizadas a través de ellos son meramente preparatorias o auxiliares, no deben considerarse como establecimientos permanentes. Se entiende que dichos lugares de negocios pueden perfectamente contribuir a la productividad de la empresa, pero los servicios que prestan están tan alejados de la obten-

ción del beneficio que resulta difícil asignarles parte del mismo. El subapartado *f)* prevé, además, que la combinación de las actividades mencionadas en las letras *a)* a *e)* en un mismo lugar fijo de negocios no se considerará constitutiva de establecimiento permanente, a reserva de la condición, expresada en la parte final del apartado, de que el conjunto de las actividades realizadas por el lugar fijo de negocios resultante de esa combinación tenga carácter preparatorio o auxiliar. Así pues, las disposiciones del apartado 4 tienen como objeto evitar que una empresa de un Estado sea sometida a imposición en el otro Estado si ejerce únicamente actividades de carácter netamente preparatorio o auxiliar en ese otro Estado. Las disposiciones del apartado 4.1 (véase más adelante) complementan ese principio, asegurando que el carácter preparatorio o auxiliar de las actividades realizadas en el lugar fijo de negocios deben considerarse a la luz de otras actividades que constituyen funciones complementarias que forman parte de una actividad económica cohesionada y que llevan a cabo la misma empresa o empresas estrechamente vinculadas en el mismo Estado.

59. A menudo es difícil distinguir entre las actividades que tienen un carácter preparatorio o auxiliar y aquellas que no lo tienen. El criterio decisivo consiste en determinar si las actividades del lugar fijo de negocios constituyen en sí mismas una parte esencial y significativa de las actividades del conjunto de la empresa. Convendrá estudiar separadamente cada caso. Un lugar fijo de negocios cuyo objeto general sea idéntico al de la empresa en su conjunto no realiza una actividad preparatoria o auxiliar.

60. Como regla general, una actividad que tiene carácter preparatorio es aquella que se realiza con la perspectiva de la ejecución de lo que constituye la parte esencial y significativa de la actividad del conjunto de la empresa. Puesto que la actividad preparatoria antecede a otra actividad, con frecuencia se llevará a cabo durante un corto periodo, que vendrá determinado por la naturaleza de la actividad principal de la empresa. Sin embargo, no siempre será así, ya que es posible llevar a cabo una actividad en un lugar determinado durante un largo periodo de tiempo en preparación de actividades que se llevarán a cabo en otro lugar. Si, por ejemplo, una empresa constructora forma a sus trabajadores en un lugar antes de enviarlos a otros lugares de trabajo lejanos situados en otros países, la formación que se lleva a cabo en el primer lugar constituye una actividad preparatoria para dicha empresa. Por otro lado, una actividad con carácter auxiliar es normalmente una actividad de apoyo, no subsumida por la parte esencial y significativa de la actividad del conjunto de la empresa. Es poco probable que una actividad que requiere una proporción importante de los activos o de los trabajadores de la empresa pueda considerarse como actividad de carácter auxiliar.

61. Los subapartados *a*) a *e*) hacen referencia a actividades realizadas por la propia empresa. Existirá por tanto un establecimiento permanente cuando las actividades se ejerzan por cuenta de otras empresas en ese mismo lugar fijo de negocios. Si, por ejemplo, una empresa que dispone de una oficina dedicada a la publicidad de sus propios productos o servicios se ocupara también de hacer publicidad por cuenta de otras empresas en ese mismo emplazamiento, esa oficina constituiría un establecimiento permanente de la empresa de la que depende.

62. El subapartado *a*) se refiere a un lugar fijo de negocios constituido por instalaciones utilizadas por una empresa para almacenar, exponer o entregar sus propios bienes o mercancías. La determinación de si la actividad así desarrollada en dicho lugar fijo de negocios posee un carácter preparatorio o auxiliar se tomará a la vista de los distintos factores comprendidos

en el conjunto de la actividad económica de la empresa. Cuando, por ejemplo, una empresa del Estado R dispone de un gran almacén en el Estado F en el que trabajan un número significativo de empleados con el objeto principal de almacenar y entregar bienes que son propiedad de la empresa y que esta vende por comercio electrónico a clientes del Estado F, el apartado 4 no será aplicable a este almacén ya que las actividades de almacenamiento y entrega de bienes que se llevan a cabo a través de este almacén –que representa un activo importante y requiere gran número de trabajadores–, constituye una parte esencial de la actividad de venta/distribución de la empresa y no tiene, por tanto, carácter preparatorio o auxiliar.

63. Por ejemplo, en el subapartado *a*) estará comprendido un depósito de aduanas con atmósfera controlada del que disponga un exportador de fruta de un Estado en otro Estado con el único fin de almacenar la fruta en esas condiciones durante el proceso de despacho de aduanas en ese otro Estado. También comprende un lugar fijo de negocios que una empresa mantenga exclusivamente para la entrega de piezas de repuesto a clientes para la maquinaria vendida a esos clientes. Sin embargo, el apartado 4 no será aplicable cuando la empresa mantenga un lugar fijo de negocios para la entrega de piezas de repuesto de la maquinaria vendida a esos clientes y, además, para el mantenimiento o las reparaciones de esa maquinaria, ya que tales actividades exceden de la simple entrega mencionada en el subapartado *a)* y no son actividades de naturaleza auxiliar o preparatoria, dado que estas actividades postventa constituyen una parte esencial y significativa de los servicios que la empresa presta a sus clientes.

64. Pueden surgir problemas en relación con la aplicación de la definición del establecimiento permanente a instalaciones como cables o conducciones que atraviesan el territorio de un país. Aparte el hecho de que procede aplicar el artículo 6 a la renta que percibe el propietario o el explotador de estas instalaciones por el uso que hacen de ellas otras empresas, siempre que estas instalaciones se consideren bienes inmuebles en virtud de lo establecido en su apartado 2, cabría cuestionarse si les es aplicable el subapartado *a*). Cuando estas instalaciones se utilicen para el transporte de bienes propiedad de otras empresas, el subapartado *a*), que se limita a la entrega de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa que utiliza la instalación, no será aplicable respecto del propietario o explotador de dichas instalaciones. El subapartado *e)* tampoco será de aplicación en lo que se refiere a la empresa citada, ya que los cables o conducciones no sirven únicamente a esa empresa y su uso no es de carácter preparatorio o auxiliar, dada la naturaleza de su actividad económica. Ahora bien, la situación es distinta cuando una empresa explota un cableado o unas conducciones de su propiedad que atraviesan el territorio de un país con el único propósito de transportar sus propios bienes, y ese transporte es meramente accesorio a la actividad de la empresa, como en el caso de una refinería de petróleo que explota un oleoducto de su propiedad que atraviesa el territorio de un país, exclusivamente para transportar su propio petróleo a su refinería situada en otro país. En tal caso, será de aplicación el subapartado *a)*. Una cuestión distinta es si el cable o conducción pueden constituir un establecimiento permanente para el cliente del explotador del cable o conducción, es decir, la empresa cuyos datos, energía o propiedad se transmite o transporta de un lugar a otro. En ese caso, la empresa únicamente está recibiendo servicios de transmisión o transporte, prestados por el explotador del cable o conducción, y no tiene el cable o la conducción a su disposición. Por tanto, el cable o la conducción no pueden considerarse establecimiento permanente de esa empresa.

65. El subapartado *b*) se refiere al mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa. Este subapartado no es pertinente en los casos en los que una

tercera persona mantenga un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a una empresa en instalaciones explotadas por esta otra persona y la empresa no tenga a su disposición dichas instalaciones, ya que el lugar en el que se conserva el depósito no puede constituir un establecimiento permanente de esa empresa. Cuando, por ejemplo, una empresa de logística explota un almacén en el Estado F y continuamente almacena en él bienes o mercancías pertenecientes a una empresa del Estado R, con la que la empresa de logística no está estrechamente vinculada, el almacén no constituye un lugar fijo de negocios a disposición de la empresa del Estado R y, por tanto, el subapartado *b*) no es pertinente. Sin embargo, cuando dicha empresa tiene autorización para acceder ilimitadamente a una parte separada del depósito al objeto de inspeccionar y mantener los bienes o mercancías allí almacenados, el subapartado *b*) es aplicable y que exista un establecimiento permanente o no dependerá de si esas actividades constituyen una actividad preparatoria o auxiliar.

66. A los fines de la aplicación de los subapartados *a*) y *b*), poco importa que el almacenamiento o la entrega se realicen antes o después de que los bienes o mercancías se hayan vendido, siempre que dichos bienes o mercancías pertenezcan a la empresa mientras se encuentren en el emplazamiento en cuestión (por ejemplo, los subapartados se pueden aplicar aun cuando parte de los bienes almacenados en un lugar se hayan vendido siempre que el título de propiedad de dichos bienes pase al cliente únicamente en el momento de la entrega o con posterioridad). Los subapartados *a*) y *b*) abarcan también aquellas situaciones en las que se utiliza una instalación, o se mantienen unos depósitos de bienes o mercancías, para cualquier combinación de las actividades de almacenaje, exposición o entrega, ya que las instalaciones que se utilizan para la entrega de bienes ser utilizarán casi siempre también para el almacenamiento de dichos bienes, aunque sea por un corto período. A los efectos de los subapartados *a*) a *d*), los términos "bienes" y "mercancías" designan bienes materiales y no comprenderían, por ejemplo, bienes inmuebles ni datos (aunque si se aplicarán a los bienes tangibles que incluyan dichos datos, por ejemplo, los CD o los DVD).

67. El subapartado *c*) cubre los casos en los que las existencias de bienes o mercancías pertenecientes a una empresa son objeto de transformación por una segunda empresa en nombre o por cuenta de la empresa mencionada en primer lugar. Como se explicó en el párrafo 65, la mera presencia de bienes y mercancías pertenecientes a una empresa no significa que el lugar fijo de negocios en que dichos bienes y mercancías están almacenados está a disposición de la empresa. Si, por ejemplo, un fabricante por contrato situado en el Estado F almacena unos bienes pertenecientes a RCO, una empresa del Estado R, con el fin de transformarlos, RCO no tendrá a su disposición un lugar fijo de negocios, por lo que el lugar en el que se almacenan los bienes no constituye un establecimiento permanente de RCO. Sin embargo, si a RCO se le permite el acceso ilimitado a una parte separada de las instalaciones del fabricante con el fin de inspeccionar y mantener los bienes allí almacenados, el subapartado *c*) resultará de aplicación y será necesario determinar si el almacenamiento de esas existencias por RCO constituye una actividad preparatoria o auxiliar. Sería así si RCO fuera un mero distribuidor de productos manufacturados por otras empresas ya que en ese caso el mero almacenamiento de bienes con el propósito de su transformación por otra empresa no es una parte esencial y significativa de la actividad global de RCO. En ese caso, a menos que sea aplicable el apartado 4.1, en virtud del apartado 4 se considerará que dicho lugar fijo de negocios que está a disposición de la empresa del Estado R con el fin de almacenar los bienes que van a ser transformados por el fabricante por contrato, no constituye un establecimiento permanente.

68. La primera parte del subapartado *d*) se refiere al caso en el que las instalaciones se utilizan únicamente para la compra de bienes y mercancías para la empresa. Puesto que esta excepción se aplica únicamente si esta actividad tiene un carácter preparatorio o auxiliar, normalmente no se aplicará en el caso de un lugar fijo de negocios utilizado para la compra de bienes o mercancías cuando el conjunto de la actividad de la empresa consista en la venta de dichos bienes y la compra sea una de las funciones principales de esa actividad. Los ejemplos que siguen ilustran la aplicación del apartado 4 en el caso de lugares fijos de negocio en los que se realizan actividades de compra:

— Ejemplo 1: RCO es una sociedad residente del Estado R, compradora a gran escala de un producto agrícola concreto que se produce en el Estado F, que RCO vende desde el Estado R a distribuidores situados en distintos países. RCO dispone de una oficina de compras en el Estado F. Los empleados que trabajan en esa oficina son compradores experimentados con conocimientos especializados en este tipo de producto y son quienes visitan a los productores en el Estado F, determinan el tipo y calidad de los productos de acuerdo con estándares internacionales (lo que es un proceso difícil que requiere habilidades y conocimientos especializados) y celebran distintos tipos de contratos (al contado o a plazo) para la adquisición de los productos por RCO. En este ejemplo, aunque la única actividad realizada a través de la oficina es la compra de productos para RCO, que es una actividad comprendida en el subapartado *d*), el apartado 4 no es aplicable y, por tanto, la oficina constituye un establecimiento permanente dado que la función de compra constituye una parte esencial y significativa de la actividad global de RCO.

— Ejemplo 2: RCO, una sociedad residente del Estado R que explota un cierto número de almacenes de descuento, dispone de una oficina en el Estado F durante dos años con el propósito de analizar y estudiar el mercado local y ejercer una labor de presión al gobierno para que realice algunos cambios que permitirían a RCO abrir tiendas en el Estado F. Durante este tiempo, los empleados de RCO compran ocasionalmente suministros para sus oficinas. En este ejemplo, el apartado 4 resulta de aplicación porque el subapartado *f*) es aplicable a las actividades realizadas a través de la oficina (puesto que los subapartados *d*) y *e*) se aplicarían a las actividades de compra, a los estudios de mercado y a la labor de presión si cada una de estas actividades fuera la única actividad ejercida en la oficina) y el conjunto de la actividad de la oficina posee un carácter preparatorio.

69. La segunda parte del subapartado *d*) se refiere a un lugar fijo de negocios utilizado exclusivamente para recoger información para la empresa. Es frecuente que una empresa necesite recopilar información antes de decidir si emprender sus actividades esenciales en un Estado y cómo hacerlo. Si la empresa realiza esa actividad sin disponer de un lugar fijo de negocios en ese Estado, el subapartado *d*) será, evidentemente, irrelevante. Sin embargo, si dispone de un lugar fijo de negocios exclusivamente para ese propósito, el subapartado *d*) resultará aplicable y será necesario determinar si la recogida de información va más allá del límite de lo preparatorio o auxiliar. Por ejemplo, cuando un fondo de inversión establece una oficina en un Estado con el único propósito de recoger información sobre las posibles oportunidades de inversión en ese Estado, la recogida de información a través de la oficina será una actividad preparatoria. Puede llegarse a la misma conclusión en el caso de una compañía de seguros que establece una oficina con el único propósito de recoger información, como datos

estadísticos sobre riesgos en un mercado concreto, y en el caso de una oficina de un periódico establecida en un Estado con el único propósito de conseguir información sobre posibles noticias sin llevar a cabo ninguna actividad de publicidad: en ambos casos, la recogida de información será una actividad preparatoria.

70. El subapartado *e)* se aplica a un lugar fijo de negocios del que se dispone únicamente para el ejercicio, por parte de la empresa, de una actividad no expresamente mencionada en los subapartados *a*) a *d*); en la medida en que tal actividad tenga carácter preparatorio o auxiliar se considerará que ese lugar fijo de negocios no constituye un establecimiento permanente. La redacción de este subapartado hace innecesario elaborar una lista exhaustiva de las actividades a las que se puede aplicar el apartado, y los ejemplos citados en los subapartados *a*) a *d*) son meros ejemplos comunes de actividades comprendidas en el apartado por revestir, frecuentemente, un carácter preparatorio o auxiliar.

71. Los lugares de negocios comprendidos en el subapartado *e*) son lugares fijos de negocios utilizados exclusivamente para hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o prestar asistencia en la ejecución de contratos de patentes o de cesión de conocimientos prácticos, cuando dichas actividades tengan carácter preparatorio o auxiliar. Sin embargo, el apartado 4 no se será aplicable si el lugar fijo de negocios utilizado para proporcionar información, no se limita a ello, sino que además ofrece planes etc., especialmente diseñados para responder a las necesidades de cada cliente. Tampoco será aplicable si un establecimiento de investigación se ocupa de la fabricación. De forma similar, cuando una empresa tiene por objeto prestar asistencia en la ejecución de contratos de patente o de cesión de conocimientos prácticos (*know-how*)*, el lugar fijo de negocios de esta empresa que ejerce esta actividad no podrá beneficiarse de las disposiciones del apartado 4. No puede considerarse que un lugar fijo de negocios cuya función es la gestión de una empresa, o incluso de solamente parte de una empresa, o de un grupo de empresas, realiza una actividad preparatoria o auxiliar, pues estas actividades de gestión exceden de esa consideración. Si una empresa con ramificaciones internacionales instala una "oficina de dirección" en un Estado en el que dispone de filiales, establecimientos permanentes, representantes o concesionarios, y esa oficina desarrolla funciones de supervisión y coordinación de todos los departamentos de la empresa situados en esa zona, el apartado *e*) no será aplicable a la misma, dado que la función de dirección de una empresa, incluso si se limita a una parte de sus operaciones, constituye una parte esencial de su actividad, sin que pueda considerarse en modo alguno que es una actividad preparatoria o auxiliar en el sentido del apartado 4.

72. Asimismo, cuando una empresa que vende bienes en todo el mundo abre una oficina en un Estado y los empleados que trabajan en esa oficina participan activamente en la negociación de partes importantes de los contratos relativos a la venta de bienes a compradores de ese Estado sin que habitualmente los concluyan ni desempeñen el papel principal conducente a su conclusión (por ejemplo, participando en decisiones relacionadas con el tipo, calidad o cantidad de los productos a los que se refieren esos contratos), estas actividades constituirán normalmente una parte esencial de las operaciones de la empresa, sin que puedan considerarse como actividades preparatorias o auxiliares en el sentido del subapartado *e*) del apartado 4. Si se cumplen las condiciones del apartado 1, esa oficina constituirá por tanto un establecimiento permanente.

* (*N. de la T.*: en lo sucesivo y por abreviar, "conocimientos prácticos".)

73. Como se ha indicado en el párrafo 58 más arriba, el apartado 4 tiene por objeto establecer excepciones a la definición general del apartado 1 respecto de lugares fijos de negocios dedicados a actividades de carácter preparatorio o auxiliar. Por tanto, conforme al subapartado *f)*, el hecho de que un lugar fijo de negocios combine cualquiera de las actividades mencionadas en las letras *a)* a *e)* no significa por sí solo que existe un establecimiento permanente. En la medida en que la actividad conjunta de dicho lugar fijo de negocios mantenga su carácter preparatorio o auxiliar no deberá considerarse que exista un establecimiento permanente. Estas combinaciones de actividades no deben interpretarse como reglas rígidas, sino considerarse en función de las circunstancias concretas.

74. Salvo que sean aplicables las disposiciones antifragmentación del apartado 4.1 (véase más adelante) no se tendrá en cuenta lo dispuesto en el subapartado *f)* cuando la empresa disponga de varios lugares fijos de negocios a los que puedan aplicarse los subapartados *a)* a *e)*, ya que, en ese caso, cada lugar de negocio tiene que considerarse individual y aisladamente para determinar si hay o no un establecimiento permanente.

75. Los lugares fijos de negocio a los que se aplica el apartado 4 no constituyen un establecimiento permanente en tanto que las actividades económicas que se realicen a través de ellos se limiten a las actividades mencionadas en dicho apartado. Esto será así incluso si son los propios responsables del lugar de negocios quienes firman los contratos necesarios para iniciar y realizar esas actividades. La celebración de estos contratos por estos empleados no constituirá un establecimiento permanente de la empresa por aplicación del apartado 5, siempre que tal acto jurídico satisfaga las condiciones del apartado 4 (véase el párrafo 97 más adelante). Puede ponerse como ejemplo el caso de un director de un lugar de negocio en el que se realizan actividades de investigación de carácter preparatorio o auxiliar, que celebra los contratos necesarios para crear y mantener ese lugar de negocio como parte de las actividades realizadas en ese lugar.

76. Si, en virtud del apartado 4, se considera que un lugar fijo de negocios no constituye un establecimiento permanente, la misma excepción será aplicable a la enajenación de los bienes muebles que forman parte del activo del lugar de negocios cuando finalicen las actividades de la empresa en ese lugar (véase el párrafo 44 anterior y el apartado 2 del artículo 13). Cuando, por ejemplo, la exposición de mercancías durante un congreso o una feria comercial está exenta conforme a los subapartados *a)* y *b)*, la venta de esa mercancía al finalizar el congreso o feria estará cubierta por el subapartado *e)* ya que dicha venta es una actividad meramente auxiliar. Naturalmente, la excepción no es aplicable a la venta de mercancías que no se hayan expuesto realmente en el congreso o en la feria comercial.

77. Cuando el apartado 4 no sea aplicable porque el lugar fijo de negocios se utiliza simultáneamente para actividades incluidas en ese apartado y para otras actividades que exceden de lo que se considera una actividad preparatoria o auxiliar, ese lugar de negocios constituye un único establecimiento permanente de la empresa y los beneficios que le sean atribuibles respecto de ambos tipos de actividades pueden someterse a imposición en el Estado en que esté situado ese establecimiento permanente.

78. Algunos Estados consideran que algunas de las actividades a las que se refiere el apartado 4 son intrínsecamente preparatorias o auxiliares y, para ofrecer una mayor certidumbre tanto a las administraciones tributarias como a los contribuyentes, adoptan el criterio de que dichas actividades no deben estar sujetas a la condición de que tengan carácter preparatorio

o auxiliar, y que cualquier preocupación sobre el uso inapropiado de dichas excepciones se aborde mediante lo dispuesto en el apartado 4.1. Los Estados que compartan este criterio son libres de modificar el apartado 4 como sigue [y pueden acordar también eliminar algunas de las actividades comprendidas en los subapartados *a*) a *d*) que se incluyen a continuación, si consideran que esas actividades deben estar sujetas a la condición de ser preparatorias o auxiliares del subapartado *e*)]:

> 4. No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, se considera que el término "establecimiento permanente" no incluye:
>
> *a*) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
>
> *b*) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;
>
> *c*) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa;
>
> *d*) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa;
>
> *e*) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad no incluida en los subapartados *a*) a *d*), siempre que dicha actividad tenga un carácter preparatorio o auxiliar;
>
> *f*) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados *a*) a *e*), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios resultante de esa combinación conserve su carácter preparatorio o auxiliar.

Apartado 4.1

79. El apartado 4.1 tiene como objetivo impedir que una empresa o un grupo de empresas estrechamente vinculadas fragmenten una actividad cohesionada en numerosas operaciones menores para así alegar que cada una de ellas tiene carácter meramente preparatorio o auxiliar. Según el apartado 4.1, las excepciones previstas en el apartado 4 no se aplican a un lugar de negocios que pudiera constituir un establecimiento permanente si las actividades desarrolladas en ese lugar y otras actividades de la misma empresa o de empresas estrechamente vinculadas, desarrolladas en ese mismo lugar o en otro en el mismo Estado, constituyen funciones complementarias que forman parte de una actividad cohesionada. Sin embargo, para que el apartado 4.1 se aplique, al menos uno de los lugares donde se desarrollan dichas actividades debe constituir un establecimiento permanente o, de no ser así, el conjunto de la actividad resultante de la combinación de las actividades consideradas debe exceder de lo que constituyen actividades meramente preparatorias o auxiliares.

80. Las disposiciones del apartado 8 son aplicables a los fines de determinar si una empresa es una empresa estrechamente vinculada a otra (véanse los párrafos 119 a 121 más adelante).

81. Los ejemplos que siguen ilustran la aplicación del apartado 4.1:

— Ejemplo A: RCO, un banco residente del Estado R, tiene un cierto número de sucursales en el Estado F que constituyen establecimientos permanentes. También tiene

una oficina independiente en el Estado F, en la que unos pocos empleados verifican la información proporcionada por los clientes que han presentado solicitudes de préstamo en las diferentes sucursales. Los resultados de las comprobaciones realizadas por los empleados se transmiten a la sede de RCO en el Estado R, donde otros empleados analizan la información incluida en las solicitudes de préstamo y remiten los informes a las sucursales, en las que se toman las decisiones sobre la concesión de dichos préstamos. En este caso, las excepciones del apartado 4 no se aplicarán a la oficina porque otro lugar (cualquiera de las sucursales donde se presentan las solicitudes de préstamo) constituye un establecimiento permanente de RCO en el Estado F y las actividades económicas que lleva a cabo RCO en la oficina y en la sucursal correspondiente constituyen funciones complementarias que son parte de la explotación de una actividad cohesionada (es decir, la concesión de préstamos a los clientes en el Estado F).

— Ejemplo B: RCO, una sociedad residente del Estado R, fabrica y vende electrodomésticos. FCO, un residente del Estado F que es una filial íntegramente participada por RCO, posee un local comercial donde vende los electrodomésticos que adquiere a RCO. RCO tiene también un pequeño almacén en el Estado F donde almacenan una pequeña cantidad de grandes electrodomésticos, que son idénticos a algunos de los que están expuestos en el local comercial de FCO. Cuando un cliente compra un gran electrodoméstico de FCO, los empleados de FCO van al almacén y toman posesión de dicho electrodoméstico antes de su entrega al cliente; FCO solo adquiere la propiedad del electrodoméstico cuando este sale del almacén. En este caso, el apartado 4.1 impide la aplicación de las excepciones del apartado 4 al almacén y, por tanto, no será necesario determinar si el apartado 4 y, en particular, su subapartado *a*), se aplican al almacén. Las condiciones para la aplicación del apartado 4.1 concurren porque:

  – FCO y RCO son empresas estrechamente vinculadas;

  – El local comercial de FCO constituye un establecimiento permanente de FCO (la definición de establecimiento permanente no se limita a situaciones en las que el residente de un Estado contratante usa o mantiene un lugar fijo de negocios en el otro Estado; se aplica igualmente cuando una empresa de un Estado usa o mantiene un lugar fijo de negocios en ese mismo Estado); y,

  – Las actividades económicas que realizan RCO en su almacén y FCO en su local comercial constituyen funciones complementarias que son parte de la explotación de una actividad cohesionada (es decir, el almacenamiento de bienes en un lugar con el objeto de entregarlos, como parte de las obligaciones resultantes de su venta a través de otro lugar en el mismo Estado).

Apartado 5

82. Como principio general se acepta que debe considerarse que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado si hay una persona en ese Estado que actúe para ella con arreglo a ciertas condiciones, aunque la empresa pueda no disponer de un lugar fijo de negocios en ese Estado en el sentido de los apartados 1 y 2. Esta disposición tiene por

objeto reconocer a ese Estado el derecho de imposición en tales casos. El apartado 5 establece en qué condiciones se considera que la empresa tiene un establecimiento permanente respecto de las actividades que realiza una persona que actúa para ella.

83. Las personas cuyas actividades pueden constituir un establecimiento permanente de la empresa son personas, empleadas o no, que actúan por cuenta de la empresa y no lo hacen en el marco del ejercicio de una actividad económica como agentes independientes en los términos del apartado 6. Dichas personas pueden ser personas físicas o jurídicas y no tienen que ser residentes ni poseer un lugar de negocios en el Estado donde operen para la empresa. Hubiera sido contrario al interés de las relaciones económicas internacionales establecer que una persona que realice actividades por cuenta de la empresa pudiera determinar la existencia de un establecimiento permanente de dicha empresa. Esta determinación debe reservarse para las personas que, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades, involucran a la empresa en cierto grado en actividades económicas en el Estado considerado. Por tanto, el apartado 5 se basa en la hipótesis de que solamente las personas que concluyen habitualmente contratos bien a nombre de la empresa o que van a ser ejecutados por esta, o aquellas que habitualmente desempeñan el papel principal conducente a la celebración de dichos contratos, que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte, pueden constituir un establecimiento permanente de esa empresa. En tal caso, las actividades que realice esa persona por cuenta de la empresa, dado que generan la firma de dichos contratos y exceden de la mera promoción o publicidad, son suficientes para concluir que la empresa participa en una actividad económica en el Estado considerado. El empleo del término “establecimiento permanente” en este contexto presupone, naturalmente, la recurrencia de la conclusión de contratos por esa persona, o como resultado directo de su actividad, y no solo en casos aislados.

84. Para poder aplicar el apartado 5 deben cumplirse todas las siguientes condiciones:

— que una persona opere en un Estado contratante por cuenta de una empresa;

— que, al hacerlo, esa persona concluya habitualmente contratos o desempeñe habitualmente el papel principal conducente a la celebración de dichos contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte, y

— que estos contratos estén a nombre de la empresa o que tengan por objeto la transmisión de la propiedad, o la cesión del uso, de bienes propiedad de esa empresa, o sobre los que la empresa tenga un derecho de uso, o la prestación de servicios por esa empresa.

85. No obstante, aun cumpliéndose esas condiciones, el apartado 5 no será aplicable si las actividades ejercidas por esa persona por cuenta de la empresa están incluidas en la excepción del apartado 6 relativa al agente independiente, o si se limitan a las actividades mencionadas en el apartado 4, respecto de las que se considera que, si se ejercen a través de un lugar fijo de negocios, no determinan la existencia de un establecimiento permanente. Esta última excepción se explica por el hecho de que si en virtud del apartado 4 se considera que el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el mero propósito de llevar a cabo actividades preparatorias o auxiliares no constituye un establecimiento permanente, tampoco debe considerarse que lo constituye una persona cuyas actividades se limitan a dichos propósitos. Cuando, por ejemplo, una persona actúa exclusivamente como agente de com-

pras para una empresa y, como tal, firma habitualmente contratos de compra en nombre de esa empresa, el apartado 5 no resultará aplicable, aun cuando esa persona no sea independiente de la empresa, siempre y cuando dichas actividades sean preparatorias o auxiliares (véase el párrafo 68 más arriba).

86. Una persona realiza actividades por cuenta de una empresa en un Estado contratante cuando esa persona involucra hasta cierto punto a la empresa en la realización de una actividad económica en ese Estado. Este será el caso, por ejemplo, de un agente que actúa por un mandante, de un socio que opere por una sociedad de personas, o cuando un miembro del consejo actúe por una sociedad, o un empleado por su empresario. No puede sostenerse que una persona está actuando por cuenta de una empresa si la actividad que realiza esa persona no afecta directa o indirectamente a la empresa. Como se señala en el párrafo 83, la persona que actúa por cuenta de una empresa puede ser una sociedad; en tal caso, las actividades de los empleados y consejeros se consideran conjuntamente al objeto de determinar si, y en qué medida, esa sociedad actúa por cuenta de la empresa.

87. La expresión "concluye contratos" se refiere a las situaciones en las que un contrato se considera celebrado por una persona conforme a la legislación sobre contratos aplicable. Un contrato puede concluirse sin negociar realmente sus términos; así ocurre, por ejemplo, si la legislación sobre contratos aplicable prevé que el mero hecho de que una persona acepte, por cuenta de una empresa, la oferta hecha por un tercero para celebrar un contrato estándar con esa empresa, constituye la celebración de un contrato. Del mismo modo, un contrato puede concluirse en un Estado conforme a la legislación aplicable en ese Estado, aun cuando se firme fuera del mismo. Así, por ejemplo, en la conclusión de un contrato que resulte de la mera aceptación, por una persona que interviene por cuenta de una empresa, de la oferta formulada por un tercero para la celebración de un contrato, no tendrá relevancia que dicho contrato se firme fuera de ese Estado. Además, puede decirse de una persona que negocia en un Estado todos los elementos y detalles de un contrato de forma que vincula a la empresa, que ha concluido el contrato en ese Estado, aun cuando este el contrato lo firme otra persona fuera de ese Estado.

88. La frase "o desempeñe habitualmente el papel principal conducente a la celebración de contratos, que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte" aborda las situaciones en las que la conclusión de un contrato resulta directamente de las acciones que la persona lleva a cabo en un Estado contratante por cuenta de la empresa aunque, según la legislación aplicable, el contrato no lo concluya esa persona en ese Estado. Aunque el concepto de "concluye contratos" constituye un criterio relativamente bien conocido basado en el derecho sobre contratos, se consideró necesario complementarlo con un criterio enfocado hacia las actividades esenciales que se llevan a cabo en un Estado a fin de abordar los casos en los que la conclusión de contratos es claramente la consecuencia directa de esas actividades aunque las normas aplicables la legislación sobre contratos prevean que la conclusión del contrato tiene lugar fuera de ese Estado. Esta frase debe interpretarse teniendo en cuenta el propósito y la finalidad del apartado 5, que son los de abarcar aquellos casos en los que las actividades que ejerce una persona en un Estado tienen el propósito de concluir contratos de forma regular para su ejecución por una empresa extranjera, es decir, cuando dicha persona actúa como personal de ventas de la empresa. El papel principal conducente a la celebración de contratos estará, por tanto, asociado generalmente a las gestiones de la persona que convenció al tercero para celebrar dicho contrato con la empresa. La frase

"[contratos] que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte" aclara que cuando ese papel principal se desempeñe en ese Estado, las actuaciones de esa persona estarán incluidas en el ámbito del apartado 5, aun cuando los contratos no se concluyan formalmente en ese Estado, por ejemplo, cuando los contratos están rutinariamente sujetos a revisión y aprobación, fuera de ese Estado, sin que dicha revisión conduzca a la modificación de los aspectos fundamentales de esos contratos.

89. La frase "desempeñe habitualmente el papel principal conducente a la celebración de dichos contratos, que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte" se aplica por tanto cuando, por ejemplo, una persona cursa y recibe pedidos (pero no los finaliza formalmente) que se envían directamente a un almacén desde el que se entregan los bienes propiedad de la empresa y en el que la empresa procede rutinariamente a la aprobación de esas operaciones. No se aplica, sin embargo, cuando una persona se limita a promocionar y crear demanda respecto de bienes y servicios de una empresa, sin que ello resulte directamente en la conclusión de contratos. Cuando, por ejemplo, representantes de una empresa farmacéutica promocionan activamente medicamentos producidos por esa empresa, contactando con médicos que después prescriben dichos medicamentos, esa actividad promocional no genera directamente la conclusión de contratos entre los médicos y la empresa de modo que dicho apartado no resulta de aplicación, aunque las ventas de esos medicamentos pueden aumentar significativamente debido a esa actividad de creación de demanda.

90. Lo que sigue es otro ejemplo que ilustra la aplicación del apartado 5, RCO, una sociedad residente del Estado R, distribuye varios productos y servicios en todo el mundo a través de sus sitios web. FCO, una sociedad residente en el Estado F, es una filial íntegramente participada por RCO. Los empleados de FCO envían correos electrónicos, realizan llamadas de teléfono o visitan grandes organizaciones para convencerlas de que compren productos y servicios a RCO y son, por tanto, los responsables de grandes cuentas en el Estado F. Los empleados de FCO, cuya retribución se basa parcialmente en la renta obtenida por RCO de dichas cuentas de clientes, usan sus habilidades relacionales para intentar anticipar las necesidades de sus clientes y convencerles de que adquieran los productos y servicios ofrecidos por RCO. Cuando un empleado de FCO persuade al titular de una de esas cuentas de cliente para que compre una cierta cantidad de bienes o servicios, dicho empleado indica el precio correspondiente a esa cantidad, le informa de que se ha de proceder a la firma de un contrato en línea con RCO como paso previo a la entrega de los bienes o servicios, y explica las condiciones generales de los contratos de RCO, incluyendo el detalle de los precios fijos aplicados por RCO, que el empleado no está autorizado a modificar. El titular de la cuenta de cliente concluye entonces ese contrato en línea relativo a la cantidad negociada con el empleado de FCO según el precio que le ha comunicado dicho empleado. En este ejemplo, los empleados de FCO desempeñan el papel principal conducente a la celebración del contrato entre el titular de la cuenta y RCO y la empresa los concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte. El hecho de que los empleados de FCO no puedan modificar los términos de los contratos no significa que su conclusión no sea el resultado directo de las actividades que realizan por cuenta de la empresa, y el hecho de que convenza al cliente a aceptar las condiciones generales es un elemento crucial que conduce a la conclusión de los contratos entre los titulares de cuentas de cliente y RCO.

91. La redacción de los subapartados *a*), *b*) y *c*) asegura que el apartado 5 se aplique no solo a contratos que crean derechos y obligaciones jurídicamente vinculantes entre la empresa

por cuenta de la que actúa la persona y las terceras partes con las que se concluyen dichos contratos, sino también a contratos que crean obligaciones que serán cumplidas efectivamente por dicha empresa en lugar de por la persona contractualmente obligada a ello.

92. Un caso típico comprendido en estos subapartados es el de los contratos que un agente, un socio o un empleado de una empresa concluye con clientes, de modo que se generan derechos y obligaciones legalmente exigibles entre la empresa y esos clientes. Estos subapartados abarcan también los casos en los que los contratos concluidos por una persona que interviene por cuenta de una empresa no vinculan legalmente a la empresa con los terceros con quienes se celebran dichos contratos, sino que se trata de contratos para la transmisión de la propiedad, o para la cesión del uso de bienes de propiedad de la empresa o que ésta tiene el derecho a usar, o para la prestación de servicios por la empresa. Un ejemplo característico sería en el los contratos que un comisionista celebra con terceros, en el marco de un acuerdo de comisión con una empresa extranjera en virtud del que este comisionista, actuando por cuenta de la empresa, concluye los contratos en su propio nombre, que no generan derechos ni obligaciones jurídicamente vinculantes entre la empresa extranjera y los terceros, incluso cuando, como resultado del acuerdo entre el comisionista y la empresa extranjera, esta última transfiere directamente a esos terceros la propiedad o el uso de los bienes de su propiedad o que tiene derecho a usar.

93. La referencia a contratos "en nombre de" del subapartado *a*) no limita la aplicación del subapartado a aquellos contratos concluidos literalmente a nombre de la empresa; esta expresión puede aplicarse, por ejemplo, a ciertas situaciones en las que el nombre de la empresa no se revela en un contrato escrito.

94. La condición esencial para la aplicación de los subapartados *b*) y *c*) es que la persona que habitualmente concluye los contratos, o que habitualmente desempeña el papel principal conducente a la conclusión de los contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte, intervenga por cuenta de una empresa de manera tal que sea la empresa, y no esa persona, la que ejecute las cláusulas del contrato relativas a la transmisión de la propiedad o del uso de los bienes, o a la prestación de los servicios.

95. A los efectos del subapartado *b*), poco importa que los bienes en cuestión existan o no, o que sean o no propiedad de la empresa en el momento de la conclusión de los contratos entre la persona que actúa para la empresa y las terceras partes. Por ejemplo, una persona que actúa por cuenta de una empresa puede perfectamente vender bienes que posteriormente producirá la empresa, antes de entregárselos directamente a los clientes. Asimismo, el término "bien" se refiere a todo tipo de bienes tangibles o intangibles.

96. Los casos en los que se aplica el apartado 5 deben diferenciarse de las situaciones en las que una persona concluye contratos por su cuenta y, para ejecutar las obligaciones derivadas de dichos contratos, obtiene bienes o servicios de otras empresas o contrata a otras empresas para entregar dichos bienes o servicios. En tales casos, la persona no está actuando "por cuenta" de esas empresas y los contratos que concluya no son en nombre de esas empresas ni implican la transferencia a terceros de la propiedad o el uso de bienes que posean esas empresas o sobre los que tengan derecho de uso, ni la prestación de servicios por parte de estas otras empresas. Por ejemplo, cuando una sociedad interviene como distribuidor de productos en un mercado concreto y, así, vende a clientes productos que compra a una empresa (incluidas las empresas asociadas), no actúa por cuenta de esa empresa ni vende bienes

propiedad de esa empresa ya que los bienes vendidos a los clientes son propiedad del distribuidor. Ocurriría lo mismo si ese distribuidor interviniera en calidad de lo que se denomina "distribuidor de bajo riesgo" (y no, por ejemplo, como agente) pero únicamente si la transmisión del título de la propiedad vendida por ese "distribuidor de bajo riesgo" pasa de la empresa al distribuidor y del distribuidor al cliente (independientemente del tiempo en que el distribuidor fue propietario del producto vendido) de modo que el distribuidor obtendrá una ganancia por la venta, y no una remuneración, por ejemplo, en forma de comisión.

97. Los contratos a los que se refiere el apartado 5 comprenden los relativos a las operaciones que constituyen la actividad propia de la empresa. Es irrelevante, por ejemplo, si la persona concluye contratos laborales por la empresa con el personal que asistirá a esta persona en las actividades que ejerce para la empresa, o si ha concluido, en nombre de la empresa, contratos análogos relativos exclusivamente a operaciones internas. Además, el que una persona celebre o no habitualmente contratos o que desempeñe habitualmente el papel principal conducente a la celebración de contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte, se determinará en función de la situación comercial real. El mero hecho de que una persona haya asistido e incluso participado en negociaciones en un Estado entre una empresa y un cliente no será suficiente, por sí mismo, para concluir que esa persona ha celebrado contratos o desempeñado el papel principal conducente a la conclusión de contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte. Ahora bien, el hecho de que una persona haya asistido o incluso participado en esas negociaciones puede ser un factor relevante a la hora de determinar las funciones específicas que lleva a cabo esa persona por cuenta de la empresa.

98. El criterio de que un agente debe concluir "habitualmente" contratos o desempeñar el papel principal conducente a la conclusión de contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte refleja el principio que subyace al artículo 5, según el cual la presencia de una empresa en un Estado contratante debe ser más que meramente transitoria para poder considerar dicha empresa mantiene un establecimiento permanente y, por tanto, una presencia gravable en ese Estado. La amplitud y la frecuencia de la actividad necesarias para concluir que el agente "concluye habitualmente contratos o desempeña el papel principal conducente a la conclusión de contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte" dependerán de la naturaleza de los contratos y de las actividades económicas de la mandante. No es posible definir un criterio preciso sobre la frecuencia. No obstante, puede recurrirse a los mismos tipos de factores que los considerados en los párrafos 28 a 30 para llegar a esa determinación.

99. El cumplimiento de las condiciones expuestas en el apartado 5 determina la existencia de un establecimiento permanente de la empresa respecto de toda actuación de esta persona por cuenta de la empresa, es decir, no solamente en la medida en que dicha persona concluya contratos o desempeñe el papel principal conducente a la conclusión de contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte.

100. Según los términos del apartado 5, únicamente las personas que cumplan las condiciones estipuladas pueden constituir un establecimiento permanente, con exclusión de cualesquiera otras. Sin embargo, conviene tener en cuenta que el apartado 5 simplemente ofrece un criterio alternativo para determinar si una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado. Si puede demostrarse que la empresa tiene un establecimiento permanente en

el sentido de los apartados 1 y 2 (sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4), no será necesario demostrar que la persona al cargo cumple las condiciones del apartado 5.

101. Si bien uno de los efectos típicos del apartado 5 es que los derechos y obligaciones resultantes de los contratos a los que se refiere el mismo se asignarán al establecimiento permanente resultante de dicho apartado (véase el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 7), es importante resaltar que esto no significa que la totalidad de los beneficios resultantes de la ejecución de dichos contratos deban ser atribuidos al establecimiento permanente. La determinación de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente resultante de la aplicación del apartado 5 se rige por las normas del artículo 7; obviamente, esto requerirá que las actividades realizadas por otras empresas, y por el resto de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente, se remuneren adecuadamente, de modo que los beneficios atribuibles al establecimiento permanente conforme al artículo 7 son solo aquellos que este hubiera obtenido de ser una empresa distinta e independiente que realizara las actividades que el apartado 5 atribuye a ese establecimiento permanente.

Apartado 6

102. Una empresa de un Estado contratante, que realice operaciones empresariales por medio de un agente independiente que ejerza una actividad económica como tal no puede someterse a imposición en el otro Estado contratante por razón de esas operaciones si el agente actúa en el ejercicio normal de esa actividad (véase el párrafo 83 más arriba). Las actividades de dicho agente, que componen una empresa distinta e independiente, no pueden llevar a concluir que existe un establecimiento permanente de la empresa extranjera.

103. La excepción del apartado 6 se aplica únicamente cuando una persona actúa por cuenta de una empresa en el ejercicio de una actividad económica como agente independiente. Por tanto, no sería aplicable cuando una persona intervenga por cuenta de una empresa en otra capacidad, por ejemplo, cuando un empleado intervenga por cuenta de su empleador o un asociado por cuenta de una sociedad de personas. Como se explica en el apartado 8.1 de los Comentarios al artículo 15, a veces resulta difícil determinar si los servicios prestados por una persona física constituyen servicios prestados en el marco de una relación laboral o servicios prestados por una empresa independiente, para lo cual resultan pertinentes las pautas contenidas en los párrafos 8.2 a 8.28 de los Comentarios al artículo 15. No obstante, cuando una persona física actúe por cuenta de una empresa en el ejercicio de su propia actividad y no como un empleado, la aplicación del apartado 6 sigue requiriendo que esa persona física lleve a cabo esa actividad como agente independiente. Como se explica en el apartado 111 más adelante, esta condición de independiente es menos probable si las actividades de esta persona se ejercen exclusiva o casi exclusivamente por cuenta de una empresa o de empresas estrechamente vinculadas.

104. La determinación de si una persona que interviene como agente lo hace de forma independiente de la empresa a la que representa depende del alcance de sus obligaciones con la empresa. Si las actividades empresariales que la persona realiza para la empresa están sujetas a instrucciones detalladas o a un control general, esta persona no puede considerarse independiente de la empresa. Otro criterio importante consiste en determinar quién soporta el riesgo empresarial: la persona o la empresa que representa. En todo caso, la última frase del apartado 6 prevé que en determinadas circunstancias no se considerará a una persona

como agente independiente (véanse los párrafos 119 a 121 más adelante). Las siguientes consideraciones deben tenerse en cuenta cuando se determine si puede considerarse como independiente un agente al que no sea aplicable esta última frase.

105. Debe señalarse que, cuando la última frase del apartado 6 no sea aplicable porque una filial no actúe exclusiva o casi exclusivamente para entidades estrechamente vinculadas, el control ejercido por la matriz sobre su filial como accionista no es relevante para determinar la dependencia o independencia de la filial en su condición de agente de la matriz. Esto es coherente con la regla establecida en el apartado 7 del artículo 5 (véase también el párrafo 113 más adelante).

106. Un agente independiente normalmente es responsable de los resultados de su trabajo ante aquel a quien representa, sin que ello implique que esté sometido a un control significativo sobre la forma en que lo efectúa. No está sujeto a instrucciones precisas del mandante en cuanto a la ejecución del trabajo. El hecho de que el mandante confíe en las habilidades y en los conocimientos específicos del agente es indicativo de su independencia.

107. Las limitaciones en la amplitud de las actividades que puede realizar el agente afectan claramente al alcance de sus facultades. No obstante, estas limitaciones no guardan relación con el nivel de dependencia, que viene determinado por el margen de libertad del que dispone el agente en la realización de operaciones por cuenta del principal, dentro de los límites de las facultades que le confiere el acuerdo.

108. La ejecución de un acuerdo puede caracterizarse por el hecho de que un agente va a aportar información sustancial al mandante al que representa sobre la actividad económica realizada en virtud del acuerdo. Esto no constituye por sí solo un criterio suficiente para determinar que se trata de un agente dependiente, a menos que la información se suministre con el fin de recabar la aprobación del mandante sobre la forma en que se va a llevar a cabo la actividad económica. El suministro de información con el único fin de garantizar el buen funcionamiento del acuerdo y la fluidez de las relaciones con el mandante no es un indicio de dependencia.

109. El número de mandantes que el agente representa es otro factor que debe tenerse en cuenta para determinar la independencia del agente. Como se señala en el párrafo 111, la condición de independiente es menos probable si el agente realiza sus actividades exclusiva o casi exclusivamente por cuenta de una única empresa durante todo el ciclo de la actividad económica o durante un largo período. No obstante, este hecho no es determinante por sí solo. Deben tenerse en cuenta todos los hechos y circunstancias para determinar si las actividades del agente constituyen una actividad económica autónoma que él lleva a cabo, respecto de la que asume los riesgos y de la que obtiene una recompensa mediante la aplicación de sus habilidades y conocimientos empresariales. Cuando un agente actúa por cuenta de varios mandantes en el ejercicio normal de sus funciones y ninguna de ellas ocupa una posición predominante en las operaciones que realiza el agente, se puede deducir que puede existir una dependencia si los mandantes representados actúan de común acuerdo para controlar las actuaciones del agente en el curso de la actividad que ejerce por cuenta de estos.

110. No puede decirse que un agente independiente actúa en el curso normal de su actividad económica como tal cuando realiza actividades que no están relacionadas con la actividad de un agente. A los efectos de la aplicación del apartado 6, si, por ejemplo, una sociedad

que actúa por su cuenta como distribuidora para un número de sociedades, actúa también como agente para otra empresa, las actividades que la sociedad asume como distribuidora no se considerarán parte de las actividades que desarrolla en el curso ordinario de su actividad como agente. Sin embargo, las actividades que forman parte del curso ordinario de la actividad que una empresa ejerce como agente comprenden las actividades de intermediación que, en línea con la práctica habitual de un sector dado, se llevan a cabo en ocasiones como agente y en otras por cuenta propia de la empresa, a condición de que esas actividades de intermediación sean, en esencia, indistinguibles entre sí. Cuando, por ejemplo, un corredor/intermediario en el sector financiero realiza actividades diversas de intermediación de forma idéntica, pero, informado de las necesidades de sus clientes, en ocasiones lo hace como agente para otra empresa y en otras por cuenta propia, se considerará que este corredor/intermediario actúa en el marco ordinario de su actividad como tal cuando lleve a cabo estas diversas actividades de intermediación.

111. La última frase del apartado 6 establece que no se considerará como agente independiente a una persona que intervenga exclusiva o casi exclusivamente para una o más empresas con las que esté estrechamente vinculada. Sin embargo, esa última frase no significa que el apartado 6 se aplique automáticamente cuando una persona intervenga por una o más empresas con las que no esté estrechamente vinculada. El apartado 6 exige que la persona ejerza una actividad económica como agente independiente y que opere en el marco ordinario de esa actividad. La condición de independiente es menos probable si esa persona ejerce su actividad íntegra o casi íntegramente por cuenta de una única empresa (o un grupo de empresas estrechamente vinculadas entre sí) durante toda la duración de la actividad económica de esa persona o durante un largo período. Sin embargo, si una persona interviene exclusivamente para una empresa, a la que no está estrechamente vinculada, durante un corto periodo (por ejemplo, en el inicio de la actividad económica de esa persona), es posible que pueda aplicarse el apartado 6. Como se señaló anteriormente en el párrafo 109, deben tenerse en cuenta todos los hechos y circunstancias para determinar si las actividades de una persona constituyen el ejercicio de una actividad económica como agente independiente.

112. La última frase del apartado 6 se aplica únicamente cuando la persona interviene "exclusiva o casi exclusivamente" por cuenta de empresas estrechamente vinculadas, como se define en el apartado 8. Esto significa que cuando las actividades que ejerce una persona por cuenta de una empresa a la que no está estrechamente vinculada no constituyen una parte significativa de la actividad de esa persona, esta persona no tendrá la consideración de agente independiente. Cuando, por ejemplo, las ventas que concluya un agente para empresas a las que no esté estrechamente vinculado representen menos del 10 por ciento de todas las ventas que realiza como agente para otras empresas, deberá considerarse que ese agente actúa "exclusiva o casi exclusivamente" por cuenta de empresas estrechamente vinculadas.

113. La norma enunciada en la última frase del apartado 6 y el hecho de que la definición de "estrechamente vinculado" del apartado 8 abarque las situaciones en las que una sociedad controle o esté controlada por otra no restringen en modo alguno el ámbito de aplicación del apartado 7 del artículo 5. Como se explica más adelante en el párrafo 117, es posible que una filial intervenga por cuenta de su matriz de forma que se considere que esta última tiene un establecimiento permanente según el apartado 5. Si este fuera el caso, una filial que interviniera exclusiva o casi exclusivamente para su matriz no podrá beneficiarse de la excepción del "agente independiente" del apartado 6. Sin embargo, esto no implica que la relación matriz-filial

permita ignorar las condiciones para la aplicación contenidas en el apartado 5 y que dicha relación sea suficiente en sí misma para concluir que se cumple alguna de esas condiciones.

114. Conforme a la definición del término "establecimiento permanente", una compañía de seguros de un Estado puede someterse a imposición en el otro Estado por sus operaciones de seguro si tiene un lugar fijo de negocios en el sentido del apartado 1 o si realiza sus actividades mediante una persona en el sentido del apartado 5. Dado que las agencias de compañías de seguros extranjeras no siempre responden a uno u otro de estos dos supuestos, puede ocurrir que dichas compañías realicen actividades a gran escala en un Estado sin que se sometan a imposición en ese Estado los beneficios que generan sus actividades. Para evitar esa situación, varios convenios suscritos por países miembros de la OCDE antes de 2017 contienen una disposición conforme a la cual se considera que las compañías de seguros de un Estado tienen un establecimiento permanente en el otro si perciben primas en ese otro Estado por medio de un agente establecido allí –distinto de un agente que ya tenga la condición de establecimiento permanente en virtud del apartado 5– o aseguran riesgos situados en ese territorio por medio de dicho agente. La decisión de incluir o no una disposición de este tipo en un convenio dependerá de la situación de hecho y de derecho existente en los Estados contratantes. Asimismo, los cambios introducidos en 2017 en los apartados 5 y 6 palían algunas de las preocupaciones que dicha disposición intenta resolver. Por consiguiente, será frecuente omitir tal disposición. Por ello, no parece oportuno incluir una disposición en este sentido en el Modelo de Convenio.

Apartado 7

115. Generalmente, se admite que la existencia de una filial no convierte automáticamente a esta en establecimiento permanente de la matriz. Ello se deriva del principio según el cual, a efectos fiscales, esta filial constituye una entidad jurídica independiente. Incluso el hecho de que la sociedad matriz dirija la actividad de la filial no convierte a la filial en un establecimiento permanente de la sociedad matriz.

116. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 o 5 del artículo, puede considerarse que una empresa matriz tiene un establecimiento permanente en un Estado donde una filial dispone de un lugar fijo de negocios. Así, todo espacio o local perteneciente a la filial que se halle a disposición de la matriz (véanse los párrafos 10 a 19 anteriores) y que constituya un lugar fijo de negocios mediante el que la matriz realiza su propia actividad constituirá un establecimiento permanente de la matriz conforme al apartado 1, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo (véase, por ejemplo, el supuesto del párrafo 15 anterior). Adicionalmente, conforme al apartado 5, se considerará que una sociedad matriz tiene un establecimiento permanente en un Estado con respecto a todas las actividades que su filial emprende por ella si se cumplen las condiciones de ese apartado (véanse los párrafos 82 a 99 anteriores), salvo que resulte de aplicación el apartado 6.

117. Los mismos principios se aplican a cualquier sociedad integrante de un grupo multinacional, de tal manera que podría considerarse que esa sociedad tiene un establecimiento permanente en aquel Estado donde tenga a su disposición (véanse los párrafos 10 a 19 anteriores) y utilice locales pertenecientes a otra sociedad del grupo, o si se considera que la empresa mencionada en primer lugar dispone de un establecimiento permanente según el apartado 5 del artículo (véanse los párrafos 82 a 99 anteriores). No obstante, la determinación

de la existencia de un establecimiento permanente de acuerdo con las reglas de los apartados 1 o 5 del artículo debe efectuarse separadamente para cada sociedad del grupo. Así, la existencia de un establecimiento permanente de una sociedad del grupo en un Estado no tendrá importancia alguna en el momento de determinar si otra sociedad del grupo tiene ella misma un establecimiento permanente en ese Estado.

118. Si bien pueden ponerse a disposición de una sociedad de un grupo multinacional locales pertenecientes a otra sociedad del grupo y estos pueden, sin perjuicio de las demás condiciones estipuladas en el artículo 5, constituir un establecimiento permanente de la sociedad mencionada en primer lugar si esta realiza su actividad a través de ese local, resulta importante distinguir ese caso de la situación, frecuente, en la que una sociedad integrante de un grupo multinacional presta servicios (por ejemplo, servicios de gestión) a otra sociedad del grupo como parte de su propia actividad económica ejercida en locales que no son los de la otra sociedad y usando personal propio. En este caso, el lugar donde se prestan los servicios no está a disposición de la segunda sociedad mencionada y no es su actividad empresarial la que se desarrolla en ese lugar. Por tanto, ese lugar no puede considerarse como un establecimiento permanente de la sociedad a la que se presta el servicio. De hecho, el que las actividades propias de una sociedad desarrolladas en un lugar determinado puedan proporcionar un beneficio económico a la actividad de otra sociedad no significa que esta última realice su actividad a través de tal lugar: evidentemente, una sociedad que se limite a adquirir piezas producidas o servicios prestados por otra sociedad en un país diferente no tendrá un establecimiento permanente en ese país por ese exclusivo hecho, incluso si se estuviera beneficiando de la fabricación de esas piezas o de la prestación de esos servicios.

Apartado 8

119. El apartado 8 explica el significado del concepto de una persona o empresa "estrechamente vinculada a una empresa" a los efectos de este artículo y, en concreto, de los apartados 4.1 y 6. Este concepto debe distinguirse del concepto de "empresas asociadas" utilizado a los efectos del artículo 9. Aunque ambos se superponen en cierta medida, no están pensados para ser equivalentes.

120. La primera parte del apartado 8 incluye una definición general de lo que constituye una persona o una empresa estrechamente vinculadas a una empresa. Precisa que una persona o una empresa están estrechamente vinculadas a una empresa si, a la vista de todos los hechos y circunstancias, una tiene control sobre la otra o ambas están bajo el control de las mismas personas o empresas. Esta regla general comprendería, por ejemplo, aquellas situaciones en las que una persona o una empresa controlan una empresa en virtud de un acuerdo especial que permite a esa persona o a esa empresa ejercitar derechos similares a los que tendría si poseyera, directa o indirectamente, un derecho de participación en los beneficios de la empresa superior al 50 por ciento. Como ocurre casi siempre que se utiliza el plural, la referencia a "las mismas personas o empresas" al final de la primera frase del apartado 8 comprende las situaciones en las que solo haya una persona o una empresa.

121. La segunda parte del apartado 8 precisa que los requisitos de la definición de una persona o una empresa estrechamente vinculadas a una empresa se cumplen automáticamente en determinadas circunstancias. En virtud de esta segunda parte, se considera que una persona o una empresa están estrechamente vinculadas a una empresa si una de ellas tiene,

directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra, o si una tercera persona tiene, directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la persona y la empresa o de las dos empresas. En el caso de una sociedad esta condición se cumple cuando una persona posee directa o indirectamente más del 50 por ciento del total del derecho de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de los derechos de participación en su capital.

Comercio electrónico

122. Ha habido cierto debate sobre si el mero uso de equipos informáticos situados en un país para efectuar operaciones de comercio electrónico podría ser constitutivo de un establecimiento permanente. Esta cuestión plantea una serie de problemas en relación con las disposiciones de este artículo.

123. Si bien un emplazamiento en el que una empresa explote un equipo automatizado puede constituir un establecimiento permanente en el país donde está situado (véase más adelante), ha de distinguirse entre un equipo informático que puede estar instalado en un lugar de forma que en determinadas circunstancias constituya un establecimiento permanente, y los datos y el *software* que se utilizan o se almacenan en ese equipo. Por ejemplo, un sitio web en Internet que sea una combinación de *software* y datos electrónicos no constituye por sí mismo un bien tangible y, por tanto, no tiene una localización que constituya un "lugar de negocio", ya que en lo que respecta al *software* y a los datos que constituyen ese sitio web en la red no existen unas "instalaciones como, por ejemplo, un local o, en determinados casos, maquinaria o equipo" (véase el párrafo 6 más arriba). Por otra parte, el servidor que aloja el sitio web y mediante el que se accede a él es parte de un equipo con ubicación física que, por tanto, puede constituir un "lugar fijo de negocios" de la empresa que explota el servidor.

124. Es importante distinguir entre un sitio web y el servidor donde este se almacena y usa, ya que la empresa que explota el servidor puede ser distinta de la que desarrolla la actividad económica a través del sitio web. Por ejemplo, es común que un proveedor de servicios de Internet (PSI) aloje el sitio web mediante el que una empresa lleva a cabo su actividad. Aunque los honorarios pagados al PSI en virtud de dicho acuerdo puedan basarse en la cantidad de espacio del disco utilizado para almacenar el *software* y los datos requeridos por el sitio web, estos contratos ordinariamente no implican que el servidor y su localización estén a disposición de la empresa (véanse los párrafos 10 a 19 más arriba) incluso si la empresa ha podido decidir que su sitio web debe alojarse en un servidor concreto en un emplazamiento concreto. Aun siendo así, la empresa no posee ni siquiera presencia física en esa ubicación, ya que el sitio web no se considera un bien tangible. En estos casos no puede considerarse que la empresa haya adquirido un lugar de negocios por razón de ese acuerdo de alojamiento. Sin embargo, si la empresa que ejerce una actividad a través de un sitio web tiene un servidor a su disposición, por ejemplo, tiene en propiedad o en alquiler ese servidor y lo opera, donde almacena y desde donde utiliza el sitio web, el lugar donde se ubica el servidor podría constituir un establecimiento permanente de la empresa si se cumplen los demás requisitos del artículo.

125. El equipo informático en una ubicación determinada únicamente puede constituir un establecimiento permanente si cumple el requisito de ser fijo. En el caso de un servidor lo que es importante no es la posibilidad de que se le traslade, sino que de hecho se haga. Para

que un servidor constituya un lugar fijo de negocios, habrá de estar ubicado en un lugar durante un período lo suficientemente amplio como para considerarse fijo en el sentido del apartado 1.

126. Otra cuestión es si el negocio de una empresa puede considerarse íntegra o parcialmente ejercido en una ubicación donde la empresa tenga un equipo, tal como un servidor, a su disposición. La cuestión de si una empresa ejerce toda o parte de su actividad mediante este equipo debe examinarse caso por caso, teniendo en cuenta si, por la existencia de tal equipo, se puede afirmar que la empresa tiene instalaciones a su disposición desde las que ejerce funciones empresariales.

127. Cuando una empresa explota un equipo informático desde una ubicación concreta, pudiera tratarse de un establecimiento permanente aunque la explotación del equipo no precise de personal alguno de la empresa en ese emplazamiento. La presencia de personal no es necesaria para considerar que una empresa lleva a cabo su negocio total o parcialmente desde un lugar cuando de hecho no se necesita personal para ejercer su actividad en ese emplazamiento. Esta conclusión afecta al comercio electrónico en la misma medida que a otras actividades en las que el equipo opera automáticamente, por ejemplo, un equipo de bombeo automático usado en la explotación de recursos naturales.

128. Otro problema es que no puede considerarse que existe un establecimiento permanente cuando las operaciones de comercio electrónico llevadas a cabo a través de un equipo informático situado en un determinado lugar de un país se limitan a las actividades preparatorias o auxiliares contempladas en el apartado 4. Se ha de examinar caso por caso la cuestión de si las actividades concretas realizadas en ese emplazamiento entran en el ámbito de aplicación del apartado 4 teniendo en cuenta las diversas funciones realizadas por la empresa por medio de dicho equipo. Entre las actividades que por lo general se considerarán como preparatorias o auxiliares se incluyen las siguientes:

— proporcionar un enlace de comunicación –parecido a una línea telefónica– entre suministradores y clientes;

— hacer publicidad de las mercancías y servicios;

— transmitir información a través de un servidor-espejo con fines de seguridad y eficiencia en las operaciones;

— recoger datos de mercado para la empresa;

— ofrecer información.

129. Sin embargo, cuando tales funciones constituyen en sí mismas una parte esencial y significativa de la actividad económica el conjunto de la empresa, o cuando otras funciones esenciales de la empresa se llevan a cabo a través de un equipo informático, se estaría yendo más allá de las actividades recogidas en el apartado 4 y, si el equipo constituyera un lugar fijo de negocios de la empresa (como se analiza en los párrafos 123 a 127 anteriores) existiría un establecimiento permanente.

130. La naturaleza de la actividad que realiza una empresa concreta determina cuáles son las funciones esenciales. Por ejemplo, algunos PSI tienen como actividad la explotación de sus propios servidores con el propósito de alojar sitios web u otras aplicaciones para otras empre-

sas. Para estos PSI la explotación de sus servidores a fin de proporcionar servicios a sus clientes es una parte fundamental de su actividad comercial y no puede considerarse como preparatoria o auxiliar. Un ejemplo distinto es el de una empresa cuya actividad consiste en la venta de productos a través de Internet (un minorista que opera en el comercio electrónico). En ese caso, la empresa no se dedica a explotar servidores y el mero hecho de que pueda hacerlo desde un cierto emplazamiento no es suficiente para considerar que las actividades realizadas en este emplazamiento sean algo más que actividades preparatorias o auxiliares. Lo que ha de hacerse en tal caso es estudiar la naturaleza de las actividades realizadas en esa ubicación a la luz de la actividad económica ejercida por la empresa. Si estas actividades son meramente preparatorias o auxiliares en el negocio de la venta de productos por Internet (por ejemplo, ese emplazamiento se utiliza para manejar un servidor que aloja un sitio web que, como ocurre frecuentemente, se utiliza exclusivamente para la publicidad, para albergar un catálogo de productos o para facilitar información a clientes potenciales), el apartado 4 resulta de aplicación y ese emplazamiento no constituirá un establecimiento permanente. Por el contrario, si las funciones típicas relacionadas con el proceso de venta se efectúan desde ese emplazamiento (por ejemplo, si la conclusión del contrato con el cliente, el proceso de pago y la entrega de los productos se realizan automáticamente por medio del equipo allí ubicado), tales actividades no pueden considerarse como simplemente preparatorias o auxiliares.

131. Una última cuestión es si el apartado 5 puede aplicarse para determinar si un PSI constituye un establecimiento permanente. Como ya se ha señalado, es frecuente que un PSI preste el servicio de alojar sitios web de otras empresas en sus propios servidores. Cabe plantearse si es posible aplicar el apartado 5 para determinar si los PSI constituyen establecimientos permanentes de las empresas que realicen actividades de comercio electrónico a través de sitios web explotados a través de servidores cuyos dueños y operadores son estos PSI. Aunque en circunstancias muy inusuales pueda ser así, el apartado 5 no será por lo general aplicable, ya que los PSI no son agentes de las empresas a las que pertenecen los sitios webs ya que no concluyen contratos ni desempeñan el papel principal conducente a la conclusión de contratos en nombre de esas empresas, o para la transmisión de los bienes pertenecientes a dichas empresas o para la prestación de los servicios que ofrecen, o porque intervendrán en el curso ordinario de su actividad como agente independiente, como prueba el hecho de que albergan los sitios web de muchas empresas diferentes. Es también evidente que, como el sitio web por medio del que una empresa ejerce su actividad no es en sí mismo una "persona" en el sentido del artículo 3, no puede aplicarse el apartado 5 para concluir que exista un establecimiento permanente en virtud de que el sitio web sea un agente de la empresa en los términos de ese apartado.

Imposición de los servicios

132. El resultado de la aplicación combinada de este artículo y el artículo 7 es que los beneficios procedentes de los servicios prestados en el territorio de un Estado contratante por una empresa del otro Estado contratante no son gravables en el Estado mencionado en primer lugar cuando no sean atribuibles a un establecimiento permanente allí situado (siempre que no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de otros artículos del Convenio que permitan tal imposición). Este resultado, conforme al que esos beneficios solo pueden someterse a imposición en el otro Estado, se apoya en diversas consideraciones de índole política y administrativa, y es coherente con el principio que subyace al artículo 7, a saber: hasta que una

empresa de un Estado constituye un establecimiento permanente en otro Estado no debe considerarse que participa en la vida económica de ese Estado hasta el punto de considerarse incluido en las potestades tributarias de ese otro Estado. Asimismo, la prestación de servicios debe tratarse, como norma general y a reserva de un pequeño número de excepciones para el caso de ciertos tipos de servicios (por ejemplo, los cubiertos por los artículos 8 y 17), del mismo modo que las restantes actividades económicas, por lo que le es aplicable el mismo umbral para la determinación de la existencia de un establecimiento permanente que a las restantes actividades, comprendida la prestación de servicios independientes.

133. Una de las consideraciones de índole administrativa mencionadas anteriormente es que la ampliación de los casos en los que se permitiera la tributación en fuente de los beneficios derivados de los servicios prestados en el territorio de un Estado contratante por una empresa del otro Estado contratante aumentaría las cargas de cumplimiento y administrativas de las empresas y las administraciones tributarias. Esto puede resultar especialmente problemático en relación con los servicios prestados a consumidores particulares, dado que no existiría la obligación de identificarlos ante la administración tributaria del país de la fuente a fin de reclamar una deducción por gasto empresarial. Dado que, con carácter general, las normas diseñadas al efecto se basan en el tiempo de permanencia en un Estado, tanto las administraciones tributarias como las empresas deben contabilizar el tiempo que pase en un país el personal de las empresas de servicios, quienes se enfrentarán al riesgo de tener un establecimiento permanente en circunstancias no previstas cuando sean incapaces de determinar por anticipado cuánto tiempo estará presente su personal en un país dado (por ejemplo, cuando esta presencia deba alargarse debido a dificultades imprevistas, o cuando así se lo solicite el cliente). Estos casos generan notables dificultades de cumplimento, pues obligan a la empresa a cumplir retroactivamente con una serie de requisitos administrativos asociados al establecimiento permanente, entre otros, la obligación de llevar libros y registros contables, la imposición de las rentas de los empleados (por ejemplo, la obligación de practicar retenciones en la fuente en otro país), así como otras obligaciones no relacionadas con el impuesto sobre la renta.

134. Asimismo, la tributación en la fuente de los beneficios procedentes de los servicios prestados en el territorio de un Estado contratante por una empresa del otro Estado contratante que no disponga de un lugar fijo de negocios en el Estado mencionado en primer lugar puede crear dificultades en relación con la determinación de los beneficios imponibles y la recaudación de los impuestos pertinentes. En la mayoría de los casos, la empresa carecerá de los registros contables y de los activos típicamente asociados a los establecimientos permanentes y no habrá un agente dependiente que pueda atender los requerimientos de información y recaudación. Además, si bien es frecuente que el derecho interno de los Estados someta a imposición los beneficios procedentes de los servicios prestados en su territorio, esta práctica no constituye sin embargo una política de convenios tributarios óptima.

135. No obstante, algunos Estados se muestran reacios a adoptar el principio de imposición exclusiva en residencia para los servicios no atribuibles a un establecimiento permanente situado en su territorio, pero prestados en ese territorio. Estos Estados proponen realizar cambios en el artículo a fin de preservar, en determinadas circunstancias, sus derechos de imposición en la fuente respecto de los beneficios derivados de dichos servicios. Los Estados que consideran que los convenios deben atribuir derechos adicionales de tributación en fuente respecto de los servicios prestados en su territorio basan su posición en diversos argumentos.

136. Basándose en los principios generalmente aceptados para determinar cuándo debe considerarse que los beneficios derivados de una actividad económica proceden de una cierta jurisdicción, estos Estados pueden ser de la opinión de que los beneficios derivados de servicios deben tributar en el Estado en que se prestan. En su opinión, exclusivamente desde el punto de vista de la cuestión meramente normativa de dónde se generan los beneficios, el Estado en el que se prestan los servicios debe tener potestades tributarias incluso cuando los servicios no sean atribuibles a un establecimiento permanente definido en el artículo 5. Estos Estados observarán que son muchos los países que en su legislación interna prevén la imposición de los servicios prestados en sus territorios, incluso en ausencia de un establecimiento permanente (si bien los servicios prestados durante períodos muy breves no siempre pueden gravarse en la práctica).

137. A estos Estados les preocupa que ciertas empresas del sector servicios no precisen de un lugar fijo de negocios en su territorio para poder desarrollar en él una actividad económica sustancial, por lo que consideran oportunos estos derechos adicionales.

138. Del mismo modo, esos Estados consideran que, aun cuando la imposición de los beneficios de las empresas explotadas por no residentes que no son atribuibles a un establecimiento permanente plantee ciertas dificultades de cumplimiento y administrativas, estas dificultades no justifican exonerar de imposición los beneficios de todos los servicios que tales empresas presten en sus territorios. Los partidarios de este criterio pueden recurrir a los mecanismos en vigor en algunos Estados para asegurar la imposición de los servicios prestados en ellos pero que no son atribuibles a los establecimientos permanentes (estos mecanismos se basan en las obligaciones impuestas a los pagadores residentes de declarar, y posiblemente retener el impuesto, respecto de los pagos efectuados a no residentes por los servicios prestados en ellos).

139 No obstante, debe observarse que todos los Estados miembros están de acuerdo en que un Estado no debe tener potestades tributarias como fuente sobre las rentas procedentes de la prestación de servicios efectuada por un no residente fuera de ese Estado. En aplicación de los convenios tributarios, los beneficios derivados de la venta de bienes que un residente de un país se limita a importar y que ni se producen ni distribuyen a través de un establecimiento permanente en ese país no pueden gravarse en el mismo, y este criterio debe aplicarse también en el caso de los servicios. El mero hecho de que el pagador de la contraprestación por los servicios prestados sea residente de un Estado, o de que dicha contraprestación se pague con cargo a un establecimiento permanente situado en ese Estado, o de que el resultado de los servicios se utilice en ese Estado, no constituye una vinculación suficiente para conceder la potestad tributaria sobre esa renta a dicho Estado.

140. Otra cuestión fundamental sobre la que existe consenso general concierne a la determinación del importe sobre el que debe gravarse el impuesto. En el caso de servicios distintos de los prestados en el marco de una relación laboral (y sujetos a posibles excepciones, tales como las del artículo 17) únicamente deben someterse a imposición los beneficios procedentes de los servicios. Por tanto, las disposiciones que se incluyen a veces en los convenios bilaterales, que permiten a un Estado gravar el importe bruto de los honorarios pagados por ciertos servicios si el pagador es residente de ese Estado, no parecen constituir un método adecuado de gravar los servicios. En primer lugar, dado que estas disposiciones no se limitan a los servicios prestados en el Estado de la fuente, tienen el efecto de permitir a un Estado

gravar las actividades empresariales que no se llevan a cabo en ese Estado. En segundo lugar, estas normas permiten la imposición del importe bruto de los pagos por servicios, frente a los beneficios derivados de los mismos.

141. Igualmente, los Estados miembros están de acuerdo en la idoneidad, por razones de cumplimiento y de otra índole, de no permitir a un Estado gravar los beneficios derivados de los servicios prestados en sus territorios en ciertas circunstancias (por ejemplo, cuando tales servicios se prestan durante períodos muy breves).

142. El Comité consideró por tanto que era importante delimitar las circunstancias en las que los Estados que disientan de las conclusiones contenidas en el párrafo 132 anterior puedan disponer, si así lo desean, que los beneficios de los servicios prestados en el territorio de un Estado contratante por una empresa del otro Estado contratante sean gravables en ese Estado aun cuando no exista un establecimiento permanente, en el sentido del artículo 5, al que puedan atribuirse los beneficios.

143. Obviamente, tal imposición no debe incluir la de los servicios prestados fuera del territorio de un Estado y debe aplicarse únicamente a los beneficios procedentes de esos servicios más que a los pagos efectuados por los mismos. Igualmente, debe existir un nivel de presencia mínimo en un Estado antes de permitir su imposición.

144. Lo que sigue es un ejemplo de una disposición que podría ajustarse a estas condiciones; los Estados pueden acordar bilateralmente incluirla en sus convenios:

> No obstante lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, cuando una empresa de un Estado contratante preste servicios en el otro Estado contratante
>
> *a*) a través de una persona física que permanezca en ese otro Estado durante un período o períodos que sumen en conjunto más de 183 días en cualquier período de doce meses, y más del 50 por ciento de los ingresos brutos atribuibles al desempeño de la actividad de la empresa durante ese período o períodos procedan de los servicios prestados en ese otro Estado a través de esa persona física, o
>
> *b*) durante un período o períodos que sumen en conjunto más de 183 días en cualquier período de doce meses, y esos servicios se presten para un mismo proyecto o para proyectos relacionados a través de una o más personas físicas que estén presentes y presten sus servicios en ese otro Estado
>
> las actividades desarrolladas en ese otro Estado en la prestación de esos servicios se considerarán desarrolladas a través de un establecimiento permanente de la empresa situada en ese otro Estado, a menos que estos servicios se limiten a los mencionados en el apartado 4, que, de haberse prestado por medio de un lugar fijo de negocios (distinto de aquel al que fuera aplicable el apartado 4.1), no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado. A los efectos de este apartado, los servicios prestados por una persona física por cuenta de una empresa no se considerarán prestados por otra empresa a través de dicha persona física a menos que esa otra empresa supervise, dirija o controle el modo en que la persona física presta sus servicios.

145. Esta disposición alternativa constituye una ampliación de la definición del "establecimiento permanente" que permite gravar las rentas de los servicios prestados por empresas explotadas por no residentes, pero de conformidad con los principios descritos en el párrafo 143. En los párrafos siguientes se analizan diversos aspectos de esta disposición alternativa; obviamente estos párrafos no son pertinentes en el caso de los convenios que no incluyan tal

disposición y que por tanto no permitan que se considere que existe un establecimiento permanente únicamente porque se satisfagan las condiciones descritas en esta disposición.

146. Esta disposición tiene por efecto el que se considere que existe un establecimiento permanente en casos en los que no existiría según la definición dada en el apartado 1 y en los ejemplos del apartado 2; por lo que se aplica con independencia de esos apartados. Como en el caso del apartado 5 del artículo, esta disposición determina otro criterio por el que se puede determinar que una empresa dispone de un establecimiento permanente en un Estado. Puede aplicarse, por ejemplo, cuando un consultor presta servicios durante un largo período en un país, pero desde distintos emplazamientos que no satisfacen las condiciones del apartado 1 para considerar que constituyen uno o más establecimientos permanentes. Si puede demostrarse que la empresa tiene un establecimiento permanente en el sentido de los apartados 1 y 2 (con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4) no es necesario aplicar esta disposición a fin de determinar su existencia. Dado que la disposición simplemente determina la existencia de un establecimiento permanente que no existiría de otro modo, no constituye una definición alternativa del concepto de establecimiento permanente y, obviamente, no puede limitar el ámbito de la definición del apartado 1 ni de los ejemplos del apartado 2.

147. La disposición se aplica también no obstante el apartado 3. Así, puede considerarse que una empresa tiene un establecimiento permanente porque preste servicios en un país durante los períodos establecidos en el apartado propuesto, incluso si los distintos emplazamientos desde los que se prestan los servicios no constituyen establecimientos permanentes en virtud del apartado 3. El siguiente ejemplo ilustra ese resultado. Un autónomo residente de un Estado contratante presta servicios en el otro Estado contratante en el que está presente más de 183 días en un período de 12 meses, aunque realiza la prestación, en razón de períodos iguales, desde un emplazamiento que no es una obra (y que no está relacionado con un proyecto de construcción o instalación) y desde dos obras, no relacionadas; la duración de cada prestación es inferior al plazo previsto en el apartado 3. Si bien en virtud del apartado 3 se considerará que las dos obras no constituyen un establecimiento permanente, el párrafo propuesto, que se aplica no obstante el apartado 3, determinará que la empresa que explota esa persona tiene un establecimiento permanente (dado que la persona física es un autónomo, se entenderá que cumple el criterio del 50 por ciento de la renta bruta respecto de su empresa).

148. Otro ejemplo es el de una gran empresa constructora que realice un único proyecto de construcción en un país. Si el proyecto se ejecuta en una única obra, la disposición no debe tener una repercusión significativa en tanto que el período de permanencia para que la obra constituya un establecimiento permanente no varíe sustancialmente del previsto para que la disposición se aplique. Por tanto, los Estados que deseen utilizar la disposición alternativa pueden tener interés en hacer coincidir los plazos de esa disposición con los del apartado 3 del artículo 5; si se utiliza un plazo más breve en la disposición alternativa, en la práctica se reduce el ámbito de aplicación del apartado 3.

149. No obstante, la situación puede ser distinta si el proyecto o los proyectos relacionados se ejecutan desde distintas partes de un país. Si cada una de las obras en las que se ejecuta un único proyecto no dura lo suficiente como para constituir un establecimiento permanente (véase no obstante el párrafo 57 anterior), se entenderá que existe un establecimiento permanente cuando se cumplan las condiciones de la disposición alternativa. Este resultado es

coherente con la intención de la disposición, que es la de someter a imposición en la fuente a las empresas extranjeras con presencia en un país durante un período lo suficientemente dilatado, a pesar del hecho de que su presencia en un único emplazamiento dentro del país no sea lo suficientemente larga como para considerarlo como un lugar fijo de negocios de la empresa. Habrá no obstante Estados que consideren que el apartado 3 debe prevalecer sobre la disposición alternativa y que deseen modificar la disposición en consecuencia.

150. El apartado sugerido se aplica únicamente a los servicios, excluyendo por tanto de su ámbito otros tipos de actividades distintas de los servicios. Así, por ejemplo, el apartado no puede aplicarse a una empresa extranjera que realiza actividades de pesca en las aguas territoriales de un Estado y que obtiene rentas de la venta de sus capturas (aunque en algunos convenios las actividades pesqueras y de extracción de petróleo pueden quedar recogidas en disposiciones específicas).

151. La disposición se aplica a los servicios prestados por una empresa; por tanto, la empresa debe prestarlos a terceras partes. Es obvio que la disposición no puede obrar en el sentido de considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente meramente porque se le presten servicios. Por ejemplo, una persona física puede prestar servicios a su empleador sin que este preste servicio alguno (por ejemplo, un empleado que presta servicios de fabricación a una empresa que vende los productos fabricados). Otro ejemplo sería el de los empleados de una empresa que prestan servicios en un país a una empresa asociada conforme a unas instrucciones detalladas dictadas por esta última empresa y bajo su estrecha supervisión. En ese caso, suponiendo que los servicios en cuestión no se prestan en beneficio de terceros, esta última empresa no presta por sí misma servicios a los que pueda aplicarse la disposición.

152. Del mismo modo, la disposición se aplica únicamente a los servicios prestados en un Estado por una empresa extranjera. El hecho de que los servicios en cuestión se presten o no a un residente del Estado no tiene relevancia; lo que determina la aplicabilidad de la cláusula es que los servicios se presten en el Estado a través de una persona física presente en él.

153. En la disposición alternativa no se especifica que los servicios deban prestarse "por medio de empleados u otro personal contratado por la empresa", expresión que se encuentra en ocasiones en los convenios bilaterales. Simplemente establece que es una empresa la que debe prestar los servicios. Como se explicó en el párrafo 39 más arriba, en relación con la actividad económica de una empresa (que, en el contexto de este párrafo, incluiría los servicios prestados en un Estado contratante) "es el empresario o personas con una relación laboral con la empresa (el personal) quienes realizan la actividad. Este personal incluye a los empleados y otras personas que reciban instrucciones de la empresa (por ejemplo, los agentes dependientes)." A los efectos de la disposición alternativa, las personas físicas a través de las que una empresa presta servicios serán por tanto las personas físicas a las que se refiere el párrafo 39, sujetas a la excepción incluida en la última frase de esa disposición (véase el párrafo 164 más adelante).

154. La disposición alternativa se aplicará en dos circunstancias distintas. El subapartado *a*) atiende al tiempo durante el que está presente la persona física a través de la que una empresa obtiene la mayor parte de sus ingresos, de forma comparable a lo dispuesto en el subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 15; el subapartado *b*) atiende a la duración de las actividades de las personas físicas a través de quienes se prestan los servicios.

155. El subapartado *a*) contempla principalmente el caso de una empresa explotada por una única persona física. No obstante, abarca también el caso de una empresa que, durante el período o períodos pertinentes, obtiene la mayor parte de sus ingresos a través de servicios prestados por una persona física. Esta ampliación de ámbito es necesaria a fin de evitar un tratamiento distinto entre, por ejemplo, un caso en el que los servicios los preste una persona física, de otro en el que el prestatario de servicios similares es una empresa cuyas acciones pertenecen íntegramente al único empleado de la misma.

156. El subapartado puede aplicarse a diversas situaciones en las que una empresa presta servicios a través de una persona física, por ejemplo cuando el prestatario sea una empresa unipersonal, el socio de una sociedad de personas, el empleado de una empresa, etc. Las condiciones principales son que

— la persona física a través de la que se prestan los servicios permanezca en un Estado durante un período o períodos cuya duración exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses, y

— más del 50 por ciento de los ingresos brutos atribuibles al desempeño de las actividades de la empresa durante ese período o períodos de permanencia procedan de los servicios prestados en ese Estado a través de esa persona física.

157. La primera condición hace referencia a los días de presencia de una persona física. Dado que la fórmula es idéntica a la utilizada en el subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 15, los principios aplicables al cálculo de los días de presencia a los efectos de ese subapartado son aplicables también al cálculo de los días de presencia a los efectos del apartado sugerido.

158. A los efectos de la segunda condición, según la cual más del 50 por ciento de los ingresos brutos atribuibles al desempeño de la actividad económica de la empresa durante el período o períodos pertinentes debe proceder de los servicios prestados en ese Estado a través de esa persona física, los ingresos brutos atribuibles al desempeño de la actividad económica de la empresa vendrán dados por lo que la empresa ha cobrado o debe cobrar por el desempeño de su actividad económica, con independencia de la fecha en que se facturen, o de la legislación interna relativa al momento de cómputo de esos ingresos a efectos fiscales. Dicho desempeño de la actividad económica no se limita a las actividades relacionadas con la prestación de servicios. Los ingresos brutos imputables al "desempeño de la actividad económica" de la empresa no comprenden, obviamente, las rentas procedentes de las actividades de inversión pasiva, comprendidas, por ejemplo, la percepción de intereses y dividendos de inversiones de fondos excedentes. Sin embargo, los Estados pueden preferir utilizar un criterio distinto, como por ejemplo que "el 50 por ciento de los beneficios derivados de la actividad económica de la empresa durante ese período o períodos procedan de la prestación de servicios" o que "los servicios constituyan la parte más importante de la actividad económica de la empresa" a fin de identificar a las empresa que obtienen la mayor parte de sus ingresos a través de los servicios prestados por personas físicas en su territorio.

159. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación del subapartado *a*) (suponiendo que los Estados R y F hayan incluido la disposición alternativa en su convenio):

— Ejemplo 1: W, residente del Estado R, es un consultor que ejerce su actividad económica en nombre propio (es decir, se trata de una empresa unipersonal). Entre el 2 de febrero de 00 y el 1 de febrero de 01, W está presente en el Estado F durante

190 días, en uno o varios períodos, en cuyo transcurso todos los ingresos que obtiene de su actividad proceden de los servicios que presta en el Estado F. Dado que el subapartado *a*) es aplicable a esta situación, se considerará que los servicios se han prestado a través de un establecimiento permanente en el Estado F.

— Ejemplo 2: X, residente del Estado R, es uno de los dos accionistas y empleados de XCO, una sociedad residente del Estado R que presta servicios de ingeniería. Entre el 20 de diciembre de 00 y el 19 de diciembre de 01, X está presente en el Estado F durante 190 días, en uno o varios períodos, en cuyo transcurso el 70 por ciento de todos los ingresos brutos de XCO atribuibles al desempeño de su actividad económica proceden de los servicios prestados por X en el Estado F. Dado que el subapartado *a*) es aplicable a esta situación, estos servicios se considerarán prestados a través de un establecimiento permanente de XCO en el Estado F.

— Ejemplo 3: X e Y, residentes del Estado R, son los dos socios de X&Y, una sociedad de personas establecida en el Estado R que presta servicios jurídicos. A efectos fiscales, el Estado R aplica a las sociedades de personas el régimen de transparencia. Entre el 15 de julio de 00 y el 14 de julio de 01, Y está presente en el Estado F durante 240 días, en uno o varios períodos, en cuyo transcurso, el 55 por ciento de todos los honorarios de X&Y atribuibles al desempeño de su actividad proceden de los servicios que Y presta en el Estado F. El subapartado *a*) es aplicable a esta situación y, a los efectos de la imposición de X y de Y, los servicios prestados por Y se consideran prestados a través de un establecimiento permanente en el Estado F.

— Ejemplo 4: Z, residente del Estado R, es uno de los 10 empleados de ACO, una sociedad residente del Estado R que presta servicios de contabilidad. Entre el 10 de abril de 00 y el 9 de abril de 01, Z está presente en el Estado F durante 190 días, en uno o varios períodos, en cuyo transcurso el 12 por ciento de todos los ingresos brutos de ACO atribuibles al desempeño de su actividad proceden de los servicios que presta Z en el Estado F. El subapartado *a*) no es aplicable a esta situación y, a menos que se aplique el subapartado *b*) a ACO, no se considerará que ACO tiene un establecimiento permanente en el Estado F en virtud de la disposición alternativa.

160. El subapartado *b*) aborda la situación de una empresa que presta servicios a través de una o más personas físicas en un Estado contratante en relación con un proyecto concreto (o proyectos relacionados), durante un amplio período. El período o períodos a los que hace referencia el subapartado se refieren a la empresa y no a las personas físicas, por tanto, no es necesario que sea la misma persona o personas quienes presten los servicios y estén presentes durante tales períodos. Siempre que un cierto día la empresa esté prestando sus servicios a través de al menos una persona física, y esta esté presente en el Estado, ese día se incluirá en el período o períodos previstos en el subapartado. Es obvio, no obstante, que ese día cuenta como un único día con independencia de a través de cuántas personas físicas preste la empresa sus servicios ese día.

161. La expresión "una empresa [...] y esos servicios se presten para un mismo proyecto" debe interpretarse desde la perspectiva de la empresa que presta los servicios. Así, una empresa puede tener dos proyectos distintos de prestación de servicios a un único cliente (por ejemplo, de asesoría tributaria y de formación en un área no relacionada con la fiscalidad) y,

si bien ambas prestaciones pueden estar relacionadas con un único proyecto del cliente, no debe considerarse que los servicios se prestan para el mismo proyecto.

162. La referencia a "proyectos relacionados" pretende cubrir aquellos casos en los que los servicios se prestan en el contexto de proyectos distintos realizados por una empresa pero que tengan coherencia comercial (véanse los párrafos 24 y 25 anteriores). Para determinar si los proyectos están relacionados hay que remitirse a los hechos y circunstancias de cada caso, si bien cabe señalar una serie de factores que en general pueden resultar pertinentes a estos efectos:

— si los proyectos están recogidos en un único contrato marco;

— si los proyectos están recogidos en distintos contratos: si se han celebrado con la misma persona o con personas vinculadas y si era razonable esperar la conclusión de los contratos adicionales en el momento de concluir el primer contrato;

— si la naturaleza de los trabajos realizados en virtud de los distintos proyectos es la misma;

— si las mismas personas físicas prestan los servicios requeridos en el marco de los distintos proyectos.

163. El subapartado *b*) exige que la empresa preste los servicios a través de personas físicas que estén presentes en el otro Estado durante los períodos considerados. A tales efectos, el período durante el que las personas físicas prestan los servicios significa el período durante el que los servicios se prestan de hecho, que corresponderá normalmente a los días laborables de esas personas físicas. Una empresa que acuerda poner su personal a disposición de un cliente por si este pudiera necesitar sus servicios y le facture las guardias realizadas por dicho personal, está prestando un servicio a través de estas personas físicas, aun cuando no realicen labor alguna durante los días de su guardia.

164. Como se señaló en el párrafo 153 más arriba, a los efectos de la disposición alternativa, las personas físicas a través de las que una empresa presta sus servicios serán las personas físicas a las que se refiere el párrafo 39 anterior. Si, no obstante, una persona física prestara servicios por cuenta de una empresa, la excepción recogida en la última frase de la disposición aclara que los servicios prestados por esa persona física únicamente se considerarán prestados por otra empresa si dicha persona física desarrolla su trabajo bajo la supervisión, dirección o control de esta última empresa. Así, por ejemplo, cuando una sociedad que ha contratado la prestación de servicios a terceros preste dichos servicios a través de empleados de una empresa distinta (por ejemplo, una empresa de servicios externalizados), los servicios prestados a través de dichos empleados no se considerarán a los efectos de la aplicación del subapartado *b*) a la sociedad que celebró el contrato de prestación de servicios a terceras partes. Esta norma se aplica con independencia de que la empresa distinta esté asociada con la sociedad que celebró el contrato o sea independiente de ella.

165. Los siguientes ejemplos sirven para ilustrar la aplicación del subapartado *b*), (en el supuesto de que los Estados R y F hayan incluido la disposición alternativa en su convenio):

— Ejemplo 1: X, sociedad residente del Estado R, ha acordado con la sociedad Y la ejecución de prospecciones geológicas en diversos emplazamientos del Estado F en el que la sociedad Y posee derechos de prospección. Entre el 15 de mayo de 00 y el 14

de mayo de 01, los empleados de X, así como autónomos a quienes X ha subcontratado parte del trabajo y quienes lo desarrollan bajo la dirección, supervisión y control de X, realizan las prospecciones durante 185 días laborables. Dado que el subapartado *b*) es aplicable a esta situación, estos servicios se consideran prestados a través de un establecimiento permanente de X en el Estado F.

— Ejemplo 2: Y, residente del Estado T, es uno de los dos accionistas y empleados de WYCO, una sociedad residente del Estado R que presta servicios de formación. Entre el 10 de junio de 00 y el 9 de junio de 01, Y presta servicios en el Estado F en virtud de un contrato que WYCO ha celebrado con una sociedad residente del Estado F para formar a sus empleados. Los servicios se prestan en el Estado F durante 185 días laborables. Durante la presencia de Y en el Estado F, los ingresos correspondientes a estos servicios suponen el 40 por ciento de los ingresos brutos de WYCO procedentes del desempeño de su actividad económica. Aunque el subapartado *a*) no es aplicable a esta situación, sí lo es el *b*), por lo que los servicios se considerarán prestados a través de un establecimiento permanente de WYCO en el Estado F.

— Ejemplo 3: ZCO, residente del Estado R, ha subcontratado con la sociedad OCO, residente del Estado F, la asistencia técnica que presta telefónicamente a sus clientes. OCO cuenta con un centro de llamadas a disposición de diversas sociedades similares a ZCO. Durante el período que va desde el 1 de enero de 00 al 31 de diciembre de 00, los empleados de OCO prestaron asistencia técnica a varios clientes de ZCO. Dado que los empleados de OCO no trabajan bajo la supervisión, dirección o control de ZCO, no cabe considerar, a los efectos del subapartado *b*), que ZCO presta servicios en el Estado F a través de estos empleados. Además, si bien los servicios prestados por los empleados de OCO a los distintos clientes de ZCO son similares, estos se prestan por razón de distintos contratos firmados por ZCO con clientes que no tienen relación entre sí, luego estos servicios no pueden considerarse prestados para el mismo proyecto o proyectos relacionados.

166. El umbral fijado en 183 días en la disposición alternativa puede generar el mismo tipo de abusos que los descritos en el párrafo 52 precedente. Como se señaló en ese párrafo, además de la posibilidad de aplicar en tales casos, según las circunstancias, medidas legislativas o judiciales antielusión, estos abusos pueden abordarse también mediante la aplicación de la norma antiabuso del párrafo 9 del artículo 29. No obstante, algunos Estados preferirán incluir en el artículo una disposición específica. Tal disposición podría redactarse en los siguientes términos:

> A los efectos del apartado [x] cuando una empresa de un Estado contratante que preste servicios en el otro Estado contratante esté estrechamente vinculada, durante un tiempo, a otra empresa que preste servicios sustancialmente similares en ese otro Estado para el mismo proyecto o proyectos relacionados, a través de una o más personas físicas quienes, durante ese período, estén presentes y desarrollando tales servicios en ese Estado, se entenderá que la empresa mencionada en primer lugar, durante ese período, está prestando servicios en el otro Estado para ese mismo proyecto o proyectos relacionados a través de esas personas físicas.

167. Conforme a esa disposición, las actividades realizadas en el otro Estado por las personas físicas a las que hacen referencia los subapartados *a*) o *b*), a través de las que la empresa presta los servicios durante el período o períodos indicados en esos subapartados, se conside-

ran realizadas a través de un establecimiento permanente que la empresa tenga en ese otro Estado. Por tanto, se considera que la empresa dispone de un establecimiento permanente en ese otro Estado a los efectos de todas las disposiciones del Convenio (incluidos, por ejemplo, el apartado 5 del artículo 11 y el apartado 2 del artículo 15) y los beneficios procedentes de las actividades desarrolladas en el otro Estado en la prestación de esos servicios son atribuibles a ese establecimiento permanente y, por tanto, gravables en ese Estado en virtud del artículo 7.

168. Al considerar que las actividades desarrolladas en el ejercicio de los servicios considerados se realizan a través de un establecimiento permanente que la empresa tenga en un Estado contratante, la disposición permite la aplicación del artículo 7 y, por tanto, la imposición, por ese Estado, de los beneficios atribuibles a dichas actividades. Como norma general, es importante garantizar que se graven únicamente los beneficios procedentes de las actividades desarrolladas en la prestación de los servicios. Aunque puedan contemplarse ciertas excepciones, si los pagos recibidos en contraprestación de los servicios se gravaran con independencia de los gastos directos o indirectos en los que se incurra por razón de su prestación, tal imposición actuaría en detrimento de las prestaciones de servicios transfronterizas.

169. Esta disposición alternativa no se aplica cuando los servicios prestados se limiten a los mencionados en el apartado 4 del artículo 5 que, de haberse prestado a través de un lugar fijo de negocios, no determinarían la consideración de este lugar fijo de negocios como establecimiento permanente en virtud de lo dispuesto en dicho apartado. Dado que la disposición se refiere a la prestación de servicios por la empresa, lo que no incluye los servicios prestados a la propia empresa, no resulta pertinente la mayor parte de lo dispuesto en el apartado 4. No obstante, podría ser que los servicios prestados fueran exclusivamente de naturaleza auxiliar o preparatoria (por ejemplo, facilitar información a posibles clientes cuando esta actividad sea meramente preparatoria para el desarrollo de las actividades ordinarias de la empresa; véase el párrafo 71 anterior) y en ese caso, sería lógico considerar que la prestación de los servicios no constituye un establecimiento permanente.

Observaciones a los Comentarios

170. En relación con el párrafo 64, *Alemania* formula una reserva respecto de si, y en qué circunstancias, la adquisición de un derecho de disposición de la capacidad de transporte de una conducción, o de la capacidad de unas instalaciones técnicas, líneas y cables para la transmisión de energía eléctrica o comunicaciones (incluyendo la distribución de programas de radio o televisión) que sean propiedad de un tercero independiente, puede considerarse como tener a su disposición esa conducción, cable o línea como lugar fijo de negocios; y de ser así, en qué circunstancias.

171. *México*, en relación con el párrafo 104, cree que el principio de plena competencia debe considerarse también para determinar si el agente dispone o no de un estatuto independiente a los efectos del apartado 6 del artículo y desea, cuando sea necesario, añadir un texto a sus convenios para que quede claro que es así como debe interpretarse ese apartado.

172. *Alemania*, en relación con la tercera frase del párrafo 50, considera que las actividades económicas que se limitan a la planificación y supervisión *in situ* de un proyecto de construcción solo constituirán un establecimiento permanente si cumplen los requisitos enunciados en el apartado 1 del artículo 5.

173. *Italia* y *Portugal* consideran que es fundamental tener en cuenta que, independientemente del significado dado a la tercera frase del párrafo 2, la nueva redacción del Modelo –es decir, la eliminación del artículo 14– no afecta a los sistemas nacionales en lo que respecta al método de cálculo de los impuestos.

174. La *República Checa* ha dado cierto número de explicaciones y formulado varias reservas relativas al informe "Cuestiones planteadas por el artículo 5 del *Modelo de Convenio de la OCDE*" –"Issues arising under Article 5 of the *OECD Model Tax Conventio*" / "Questions soulevées par l'article 5 du *Modéle de Convention*"–. En particular, la República Checa disiente de la interpretación dada en los párrafos 24 (primera parte del párrafo) y 25 (primera parte del párrafo). De acuerdo con su política, estos ejemplos podrían también considerarse constitutivos de un establecimiento permanente si los servicios se prestan en su territorio durante un largo periodo.

175. Respecto al párrafo 50, la *República Checa* adopta una interpretación más restrictiva de la expresión "proyecto de instalación" y, por lo tanto, lo limita a actividades de instalación y ensamblaje relacionadas con un proyecto de construcción. Además, la República Checa se adhiere a la interpretación según la cual las actividades de supervisión quedan automáticamente reguladas por el apartado 3 del artículo 5 únicamente si las ejerce el contratista de las obras. En caso contrario, dicha supervisión estará regulada por el citado apartado 3 pero únicamente si está mencionada expresamente en esta disposición especial. Cuando se trate de un proyecto de instalación no vinculado con uno de construcción y cuando las actividades de supervisión las realice una empresa distinta del contratista y no estén expresamente mencionadas en el apartado 3 del artículo 5, dichas actividades estarán automáticamente sujetas a las reglas relativas a la imposición de las rentas derivadas de la prestación de otros servicios.

176. En relación con los párrafos 122 a 131, el *Reino Unido* considera que un servidor utilizado por un comerciante minorista por Internet ya sea aisladamente o por medio de sitios web, no puede constituir de por sí un establecimiento permanente.

177. *Chile* y *Grecia* no se adhieren a todas las interpretaciones recogidas en los párrafos 122 a 131.

178. *Alemania* disiente de la interpretación del "ejemplo del pintor" del párrafo 17, por considerarla incompatible con el principio enunciado en la primera frase del párrafo 12, no dando por tanto lugar a un establecimiento permanente en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del Modelo de Convenio. En relación con el ejemplo descrito en el párrafo 25, para Alemania sería necesario que el consultor tuviera las oficinas a su disposición, más allá de su mera presencia durante las actividades de formación.

179. *Alemania* formula una reserva respecto del ámbito y los límites de aplicación de las orientaciones contenidas en la segunda frase del párrafo 28 y en los párrafos 29 y 30, por ser de la opinión de que, para que se pueda presumir la existencia de un lugar fijo de negocios, el grado de permanencia necesario requiere de un cierto período mínimo de presencia durante el año considerado, independientemente de la naturaleza recurrente, u otra, de una actividad. En concreto, Alemania no se adhiere al criterio de nexo económico –según se describe en la primera frase del párrafo 30– para justificar una excepción a las condiciones de presencia y duración.

180. Por lo que respecta al párrafo 98 (en lo que este se refiere a los párrafos 83 y 28 a 30), *Alemania*, a falta de un domicilio o lugar fijo de negocios del agente en el Estado de la fuente,

confiere una mayor importancia al requisito de una duración mínima de la representación de la empresa previsto en el apartado 5 del artículo 5 del Convenio Modelo. Por tanto, Alemania seguirá en estos casos una interpretación especialmente restrictiva con relación a la aplicabilidad de los factores mencionados en los párrafos 28 a 30.

181. En relación a los párrafos 97, 116, 117 y 118, *Italia* desea puntualizar que no ignorará su jurisprudencia a la hora de interpretar los casos comprendidos en el ámbito de dichos párrafos.

182. *México y Portugal* desean reservarse el derecho a no seguir el criterio expresado en los párrafos 122 a 131.

183. *Turquía* formula una reserva respecto a si ha de considerarse, y en qué circunstancias, que las actividades mencionadas en los párrafos 122 a 131 constituyen un establecimiento permanente.

184. *Finlandia* y *Suecia* consideran que cuando un Estado elige incluir en un convenio la versión alternativa del apartado 4 del artículo 5 contenida en el párrafo 78 de los Comentarios, no es necesario incluir también el apartado 4.1 del artículo 5 en el convenio.

185. *Alemania* formula una reserva respecto de la aplicación de la primera frase del párrafo 9.

186. *Grecia* no se adhiere a todas las interpretaciones dadas en el párrafo 45.

Reservas al artículo

187. Respecto de los apartados 5 y 6, *Estados Unidos* se reserva el derecho a seguir las versiones vigentes antes de la actualización de 2017 del Modelo de Convenio tributario.

Apartado 1

188. *Australia* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado si realiza actividades relacionadas con los recursos naturales, o explota equipos sustanciales en ese Estado con una cierta continuidad, o si una persona –actuando en ese Estado por cuenta de la empresa– produce o transforma en ese Estado bienes o mercancías pertenecientes a la empresa.

189. Habida cuenta de los problemas específicos que plantea la aplicación de las disposiciones del Modelo de Convenio a la prospección y explotación de hidrocarburos costa afuera, y a las actividades relacionadas, *Canadá, Dinamarca, Irlanda, Letonia, Noruega* y el *Reino Unido* se reservan el derecho a incluir en un artículo especial las disposiciones relativas a estas actividades.

190. *Chile* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente cuando concurran determinadas circunstancias en la prestación del servicio.

191. Si bien la *República Checa* y la *República Eslovaca* están de acuerdo con el requisito del "lugar fijo de negocios" del apartado 1, se reservan el derecho a proponer, en las negociaciones bilaterales, disposiciones específicas para aclarar la aplicación de este principio a los acuerdos de prestación de servicios a lo largo de un período considerable.

192. *Grecia* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente en Grecia si dicha empresa realiza actividades de planificación, supervisión o

consultoría en relación con una obra o un proyecto de construcción o instalación que dure más de seis meses, si la empresa utiliza equipo científico o maquinaria en Grecia durante más de tres meses en la prospección o explotación de recursos naturales, o si la empresa realiza más de un proyecto independiente, cada uno de ellos con una duración inferior a seis meses, dentro del mismo período (es decir, en el curso de un año civil).

193. *Grecia* se reserva el derecho a incluir disposiciones especiales relativas a las actividades costa afuera.

194. *Estonia* y *México* se reservan el derecho a someter a imposición a las personas físicas que prestan servicios profesionales o que realizan otras actividades de carácter independiente si están presentes en estos Estados durante un período o períodos que, en conjunto, superen 183 días en cualquier periodo de doce meses.

195. *Nueva Zelanda* se reserva el derecho a incluir disposiciones destinadas a considerar que existe un establecimiento permanente cuando, durante más de seis meses, una empresa ejerza actividades relativas a la prospección o explotación de recursos naturales, o utilice o alquile equipos sustanciales.

196. *Turquía* se reserva el derecho a tratar a una persona como si esta dispusiera de un establecimiento permanente si presta servicios profesionales o realiza otras actividades de carácter independiente, lo que comprende las actividades de planificación, supervisión o asesoramiento con un cierto grado de continuidad, bien directamente o a través de empleados de una empresa distinta.

197. *Letonia* se reserva el derecho a considerar que una persona que presta servicios profesionales o realiza otras actividades de carácter independiente tiene un establecimiento permanente cuando esa persona esté presente en Letonia durante un período o períodos que en total excedan de 183 días en cualquier período de doce meses.

Apartado 2

198. *Canadá*, *Chile* e *Israel*, se reservan el derecho a sustituir los términos "de extracción" en el subapartado 2 *f)*, por los términos "relativos a la prospección o a la explotación".

199. *Grecia* se reserva el derecho a incluir el apartado 2 del artículo 5 tal como estaba redactado en el Proyecto de Convenio de 1963.

200. *Grecia* y *México* se reservan el derecho a sustituir los términos "de extracción" en el subapartado 2 *f)* por los términos "relativos a la extracción, prospección o explotación".

Apartado 3

201. *Australia, Chile, Corea, Grecia, Nueva Zelanda, Portugal* y *Turquía* formulan una reserva en relación con el apartado 3 y consideran que una obra o un proyecto de construcción o de instalación cuya duración exceda de seis meses debe considerarse como establecimiento permanente.

202. *Australia* se reserva el derecho a tratar a una empresa como si esta dispusiera de un establecimiento permanente en un Estado, si lleva a cabo en ese Estado actividades de supervisión o consultoría durante más de 183 días en cualquier periodo de doce meses, relacionadas con una obra o un proyecto de construcción o instalación en ese Estado.

203. *Corea* formula una reserva a efectos de poder someter a tributación a las empresas que realicen actividades de supervisión durante más de seis meses en relación con obras o proyectos de construcción o instalación que tengan una duración superior a los seis meses.

204. *Eslovenia* se reserva el derecho a incluir actividades conexas de supervisión o consultoría en el párrafo 3 del artículo.

205. *México* y la *República Eslovaca* se reservan el derecho a someter a imposición a las empresas que realicen actividades de supervisión durante más de seis meses en relación con obras o proyectos de construcción, montaje o instalación.

206. *México* y la *República Eslovaca* formulan una reserva en lo referente al apartado 3 y consideran que las obras o los proyectos de construcción, montaje o instalación con una duración superior a seis meses deben tener la consideración de establecimientos permanentes.

207. *Eslovenia* y *Polonia* se reservan el derecho a sustituir los términos "un proyecto de construcción o instalación" por "un proyecto de construcción, montaje o instalación".

208. *Portugal* se reserva el derecho a tratar a una empresa como si esta dispusiera de un establecimiento permanente en Portugal si la empresa realiza actividades consistentes en la planificación, supervisión, consultoría, trabajos auxiliares o cualquier otra actividad relacionada con una obra o un proyecto de construcción o de instalación que dure más de seis meses, si dichas actividades o trabajos duran también más de seis meses.

209. *Estados Unidos* se reserva el derecho a añadir "una plataforma de perforación o un barco utilizados en la prospección de recursos naturales" a las actividades reguladas por el criterio de los doce meses de duración del apartado 3.

Apartado 4

210. *Chile* se reserva el derecho a modificar el apartado 4 eliminando el subapartado *f*) y reemplazando el subapartado *e*) con "el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, proporcionar información, para la investigación científica u otras actividades similares, para la empresa;" y de suprimir "o, en el caso del subapartado *f*), el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios" del final del apartado 4.

211. *México* se reserva el derecho a excluir el subapartado *f)* del apartado 4 del artículo con el fin de considerar la existencia de un establecimiento permanente cuando se mantiene un lugar fijo de negocios para cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados *a)* a *e)* del apartado 4.

Apartado 4.1

212. *Finlandia, Luxemburgo, Suecia* y *Suiza* se reservan el derecho a no incluir el apartado 4.1 en sus convenios.

Apartado 5

213. *Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Suecia* y *Suiza* se reservan el derecho a utilizar la anterior versión del apartado 5 del artículo 5 (es decir, la versión incluida en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de la actualización de 2017).

Apartado 6

214. *Finlandia, Luxemburgo* y *Suecia* se reservan el derecho a usar la versión anterior del apartado 6 del artículo 5 (es decir, la versión incluida en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de la actualización 2017).

215. *Alemania* se reserva el derecho a utilizar la versión anterior del apartado 6 (es decir, la versión incluida en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de la actualización de 2017) por no estar de acuerdo con que no deba considerarse a una persona como agente independiente por el mero hecho de que esa persona intervenga exclusiva o casi exclusivamente por cuenta de una o más empresas estrechamente vinculadas.

Apartado 8

216. *Finlandia* y *Suecia* se reservan el derecho a no incluir el apartado 8 en sus convenios.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 6
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS RENTAS INMOBILIARIAS

1. El apartado 1 atribuye el derecho a gravar las rentas derivadas de bienes inmuebles al Estado de la fuente; es decir, al Estado donde esté situado el bien que genera las rentas. Este criterio se justifica por la existencia de una relación económica muy estrecha entre la fuente de estas rentas y el Estado de la fuente. Aunque las rentas obtenidas por las explotaciones agrícolas o forestales se incluyen en el artículo 6, los Estados contratantes son libres de acordar en sus convenios bilaterales someter dichas rentas a las disposiciones del artículo 7. El artículo 6 se refiere únicamente a las rentas que un residente de un Estado contratante obtiene de bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante. Por tanto, no es aplicable a las rentas procedentes de bienes inmuebles situados en el Estado contratante del que sea residente el perceptor en el sentido del artículo 4, ni en un tercer Estado; las disposiciones del apartado 1 del artículo 21 son aplicables a dichas rentas.

2. Definir el concepto de bienes inmuebles por referencia al derecho del Estado en que esté situado el bien, como establece el apartado 2, ayuda a evitar dificultades a la hora de interpretar si un activo o un derecho deben considerarse o no como un bien inmueble. No obstante, el apartado cita expresamente los activos y derechos que siempre deben considerarse como bienes inmuebles. En la práctica, la legislación o las reglas impositivas de la mayor parte de los países miembros de la OCDE tratan dichos activos y derechos como bienes inmuebles. Por otra parte, el apartado especifica que los buques y aeronaves no tendrán en ningún caso la consideración de bienes inmuebles. No se ha previsto ninguna disposición especial en relación con las rentas de los créditos con garantía hipotecaria, puesto que la cuestión queda resuelta en el ámbito del artículo 11.

2.1. La expresión "incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales" contenida en el apartado 1 extiende el ámbito de aplicación del artículo 6 para incluir no solamente las rentas procedentes de los bienes inmuebles tal como se definen en el apartado 2, sino también las rentas procedentes de actividades agrícolas o forestales. Las rentas de las explotaciones agrícolas o forestales incluyen no solo las que obtenga una empresa agrícola o forestal de la venta de sus productos agrícolas o forestales, sino también las rentas que forman parte del ejercicio de una actividad agrícola o forestal, por ejemplo, las rentas derivadas de la adquisición o la comercialización de los permisos de emisión (la naturaleza de estos permisos se explica en el párrafo 75.1 de los Comentarios al artículo 7) cuando dicha adquisición o comercialización sea parte integrante de la explotación de una actividad agrícola o forestal, por ejemplo, cuando los permisos se adquieren con el fin de llevar a cabo dichas actividades o cuando se procede a su comercialización una vez comprobado que no van a ser necesarios.

3. El apartado 3 señala que la regla general se aplica con independencia de la forma de explotación del bien inmueble. El apartado 4 especifica que las disposiciones de los apartados 1 y 3 son también aplicables a las rentas procedentes de los bienes inmuebles de las empresas industriales, comerciales u otras. Sin embargo, las rentas en forma de distribuciones procedentes de las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario plantean dificultades concretas que se analizan en los párrafos 67.1 a 67.7 de los Comentarios al artículo 10.

4. Debe señalarse a este respecto que la potestad tributaria del Estado de la fuente tiene prioridad frente a la del otro Estado, incluso cuando, en el caso de una empresa, las rentas solo

se derivan indirectamente de bienes inmuebles. Esto no significa que las rentas procedentes de bienes inmuebles obtenidas por medio de un establecimiento permanente no deban tratarse como rentas empresariales, pero sí garantiza que las rentas se graven en el Estado donde la propiedad esté situada, aun en el caso de que dicha propiedad no forme parte de un establecimiento permanente situado en ese Estado. Debe señalarse asimismo que las disposiciones de este artículo no prejuzgan la aplicación de la legislación interna en lo que respecta a la forma.

Reservas al artículo

5. *Finlandia* y *Letonia* se reservan el derecho a someter a imposición las rentas de los accionistas de sociedades residentes derivadas de la utilización directa, del arrendamiento o de cualquier otra forma de uso del derecho de disfrute de bienes inmuebles situados en sus respectivos países que posea la sociedad, cuando tal derecho se base en la propiedad de acciones u otros derechos de participación en la sociedad.

6. *Francia* desea reservarse la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación interna en lo referente a la imposición de las rentas de acciones o participaciones que su legislación interna trate como rentas procedentes de bienes inmuebles.

7. *España* se reserva su derecho a gravar las rentas generadas por cualquier forma de uso de un derecho de disfrute de bienes inmuebles situados en su territorio, cuando tal derecho se derive de la tenencia de acciones u otros derechos de participación en la sociedad titular de los bienes inmuebles.

8. *Canadá* y *Letonia* se reservan el derecho a incluir en el apartado 3 una referencia a la renta derivada de la enajenación de bienes inmuebles.

9. *Nueva Zelanda* se reserva el derecho a ampliar el ámbito del artículo a la pesca y a los derechos asociados con todos los recursos naturales.

10. *Estados Unidos* se reserva el derecho a añadir un apartado al artículo 6 por el que se permita que un residente de un Estado contratante pueda optar por ser sometido a imposición en el otro Estado contratante sobre la base neta de sus rentas procedentes de bienes inmuebles.

11. *Australia* se reserva el derecho a incluir derechos relativos a todos los recursos naturales en el ámbito de este artículo.

12. *México* se reserva el derecho a tratar como bienes inmuebles cualquier derecho que permita el uso o disfrute de bienes inmuebles situados en un Estado contratante, cuando ese uso o disfrute esté relacionado con un derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, puesto que, de acuerdo con su legislación interna, ese derecho no se considera bien inmueble.

13. *Estonia* se reserva el derecho a incluir en la definición del término "bien inmueble" los derechos de restitución* respecto de bienes inmuebles dado que dicho derecho puede no estar incluido en la definición que recoge su derecho interno para este término.

* (*N. de la T.*: Véase el Capítulo 3 (Propiedad), sección 3 (Protección de la propiedad) §80 (Derecho de reclamación en caso de posesión ilegal de la res), de la Ley sobre el Derecho de Propiedad de Estonia, aprobada el 09.06.1993, RT I 1993, 39, 590.)

14. *Israel* y *Letonia* se reservan el derecho a incluir en el apartado 2 "todo derecho de opción u otro similar para la adquisición de un bien inmueble".

15. *Portugal* se reserva el derecho a ampliar el ámbito del artículo 6 de forma que abarque las rentas procedentes de bienes muebles o de servicios que estén relacionados con el uso o la cesión del uso de bienes inmuebles que, según la legislación fiscal del Estado contratante en el que esté situado el bien, se asimilen a rentas procedentes de un bien inmueble.

16. *Grecia* se reserva el derecho a incluir las embarcaciones junto con los buques en la definición recogida en el apartado 2.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 7
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS BENEFICIOS PROCEDENTES DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

I. Observaciones preliminares

1. Este artículo asigna la potestad tributaria respecto de los beneficios de las actividades económicas de una empresa de un Estado contratante, en la medida en que tales beneficios no estén sujetos a normas distintas en virtud de otros artículos del Convenio. El artículo recoge el principio elemental consistente en que a menos que una empresa de un Estado contratante tenga un establecimiento permanente en otro Estado, los beneficios de la actividad de esa empresa no podrán someterse a imposición en ese otro Estado, a menos que tales beneficios respondan a categorías concretas de renta respecto de las que otros artículos del Convenio asignen la potestad tributaria a ese otro Estado.

2. El artículo 5, que incluye la definición del concepto de establecimiento permanente, resulta importante para determinar si los beneficios de la actividad económica de una empresa de un Estado contratante pueden someterse a imposición en el otro Estado. Sin embargo, ese artículo no asigna por sí mismo las potestades tributarias: cuando una empresa de un Estado contratante realiza su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en el mismo, es necesario determinar cuáles son los beneficios que puede gravar el otro Estado, en caso de que existan. El artículo 7 ofrece la respuesta a esa cuestión determinando que el otro Estado podrá gravar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente.

3. Los principios en los que se basa el artículo 7, y en especial el apartado 2, cuentan con una larga historia. Cuando la OCDE analizó por primera vez qué criterios debían seguirse en la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, la cuestión ya había sido abordada previamente en numerosos convenios y en diversos modelos elaborados por la Sociedad de Naciones. Los principios de entidad distinta y de plena competencia en los que se basa el apartado 2, ya se habían incorporado a estos convenios y modelos, y la OCDE consideró que bastaba con reafirmarlos, con ligeras correcciones y modificaciones encaminadas básicamente a darles mayor claridad.

4. La práctica ha demostrado, sin embargo, que existían notables divergencias en la interpretación de esos principios generales, y de otras disposiciones contenidas en redacciones previas del artículo 7. Esta falta de acuerdo interpretativo generó problemas de doble imposición y de no imposición. A lo largo de los años, el Comité de Asuntos Fiscales invirtió un tiempo y un esfuerzo considerables para intentar alcanzar una interpretación y aplicación más homogéneas de las normas del artículo. Con la adopción en 1977 de un Modelo de Convenio se realizaron pequeñas modificaciones en la redacción del artículo y cambios diversos en los Comentarios. En 1984 se publicó un informe[1] que abordaba esta cuestión en el caso concreto de los bancos. En 1987, consciente de que la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente podría generar incertidumbre, el Comité decidió re-

[1] "The Taxation of Multinational Banking Enterprises" ("La tributación de las empresas multinacionales del sector bancario"). Publicado en *Precios de transferencia y empresas multinacionales. Tres estudios fiscales*, OCDE, París, 1984.

examinar esta cuestión, lo que condujo a la adopción, en 1993, del Informe titulado "Atribución de rentas a los establecimientos permanentes"[2] y a los cambios pertinentes en los Comentarios.

5. A pesar de ese trabajo, las prácticas seguidas en los países de la OCDE y en los no pertenecientes a la Organización en relación con la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes y su interpretación del artículo 7 siguieron siendo muy diversas. El Comité reconoció la necesidad de dotar al contribuyente de más certidumbre: en su Informe *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*[3] (las *Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia*) señaló la necesidad de continuar los trabajos para abordar la cuestión de la aplicación del principio de plena competencia a los establecimientos permanentes. El resultado de este trabajo fue el informe de 2008 titulado "Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes"[4] (el "Informe de 2008").

6. El planteamiento expuesto en el Informe de 2008 no estaba limitado ni por la intención original, ni por la práctica histórica y la interpretación tradicional del artículo 7. Antes bien, lo que se pretendió fue formular el enfoque más adecuado para atribuir beneficios a un establecimiento permanente en virtud del artículo 7, teniendo en cuenta las operaciones y el comercio actual internacional. Cuando el Comité aprobó el Informe de 2008, consideraba que las pautas que contenían eran un mejor planteamiento para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes que los que se habían seguido hasta el momento. No por ello dejó de reconocer que existían diferencias entre algunas de las conclusiones alcanzadas en el Informe de 2008 y la interpretación que estos Comentarios daban anteriormente al artículo 7.

7. A fin de ofrecer la máxima certidumbre sobre cómo deben atribuirse beneficios a los establecimientos permanentes, el Comité decidió que el conjunto de las conclusiones del Informe de 2008 se reflejara en una nueva versión del artículo 7, con los Comentarios correspondientes, que pudiera usarse en la negociación de futuros convenios y en la modificación de los existentes. Asimismo, con el fin de mejorar la certidumbre en la interpretación de los convenios que ya se hubieran concluido sobre la base de la redacción anterior del artículo 7, el Comité decidió que se procediera a la revisión de los Comentarios a esa versión previa del artículo a fin de tener en cuenta aquellos aspectos del Informe que no contradijeran la versión de los Comentarios en su redacción previa a la adopción del Informe de 2008.

8. La nueva versión del artículo que ahora recoge el Modelo de Convenio Tributario se adoptó en 2010. Al mismo tiempo, el Comité aprobó una versión revisada del Informe de 2008 a fin de permitir que sus conclusiones pudieran leerse en sintonía con la redacción y nueva numeración de los párrafos de esta versión del artículo. Si bien las conclusiones e interpreta-

---

[2] *Attribution of Income to Permanent Establishments*. [*N. de la T.*: traducido al castellano por el patrocinio de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos en el marco de colaboración con la OCDE del Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid. España. Reproducido en el Volumen II de versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, página R(13)-1.]

[3] El Consejo de la OCDE aprobó la versión original de ese informe el 27 de junio de 1995, y desde entonces se ha actualizado en diversas ocasiones. Publicado por la OCDE como *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*.

[4] Disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/20/36/41031455.pdf.

ciones incluidas en el informe revisado que se aprobó en 2010[5] (en lo sucesivo denominado "el Informe") son idénticas a las del Informe de 2008, la versión revisada recoge la redacción del artículo en su tenor actual (el Anexo a estos Comentarios incluye, para referencia histórica, el texto de la redacción anterior del artículo 7 y de esos Comentarios revisados, como podían leerse antes de la adopción de la versión actual del artículo).

9. La versión actual del artículo refleja por tanto el planteamiento desarrollado en el Informe y debe interpretarse a la luz de las pautas en él contenidas. El Informe trata sobre la atribución de beneficios tanto a los establecimientos permanentes en general (Parte I del Informe) como, en particular, a los establecimientos permanentes de las empresas que operan en el sector financiero, entre las que es muy habitual realizar sus operaciones a través de un establecimiento permanente (Parte II del Informe que versa sobre los establecimientos permanentes de los bancos; Parte III sobre los establecimientos permanentes de las empresas que realizan operaciones en el mercado financiero mundial y Parte IV sobre los establecimientos permanentes de las empresas que desarrollan su actividad en el sector de los seguros).

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

10. El apartado 1 contiene la norma básica para la asignación de las potestades tributarias relativas a los beneficios de las actividades económicas de las empresas de cada Estado contratante. En primer lugar afirma que, a menos que una empresa de un Estado contratante tenga un establecimiento permanente situado en el otro Estado, los beneficios de la actividad de esa empresa no pueden someterse a imposición en ese otro Estado. En segundo lugar prevé que si dicha empresa realiza su actividad en el otro Estado a través de un establecimiento permanente allí situado, los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, determinados según lo dispuesto en el apartado 2, pueden someterse a imposición en ese otro Estado. No obstante, como se explica a continuación, el apartado 4 restringe la aplicación de estas normas estableciendo que el artículo 7 no obsta a la aplicación de otros artículos del convenio que prevean normas específicas para ciertas categorías de beneficios (por ejemplo, los derivados de la explotación de buques y aeronaves en el tráfico internacional) o para ciertas categorías de rentas que puedan constituir asimismo beneficios de actividades económicas (por ejemplo, las rentas obtenidas por una empresa por razón de las actividades personales de un artista o deportista).

11. El principio básico que sustenta el apartado 1, a saber, que los beneficios de una empresa de un Estado contratante no se someterán a imposición en el otro Estado a menos que la empresa realice su actividad en el otro Estado a través de un establecimiento permanente allí situado, se aplica desde hace mucho tiempo y refleja el consenso internacional sobre el hecho de que, como norma general, no puede considerarse verdaderamente que una empresa de un Estado participa efectivamente en la vida económica de otro Estado, hasta el punto de quedar sometida a su jurisdicción fiscal, hasta el momento en que dicha empresa tenga un establecimiento permanente en ese otro Estado.

[5] *Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes*, OCDE, París, 2010. (*N. de la T.*: traducido al castellano por el patrocinio de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos en el marco de colaboración con la OCDE del Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid. España.)

12. El segundo principio, enunciado en la segunda frase del apartado, es que la potestad tributaria del Estado en el que está situado el establecimiento permanente no se extiende a los beneficios que la empresa pueda obtener en ese Estado que no sean atribuibles al establecimiento permanente. Sobre este punto han existido diferencias de opinión, habiendo defendido algunos países, tiempo atrás, el principio general de "fuerza de atracción", conforme al que las rentas tales como otros beneficios de actividades económicas, dividendos, intereses y cánones, procedentes de fuentes situadas en sus territorios, eran plenamente gravables en estos países si el beneficiario poseía allí un establecimiento permanente, aun cuando resultara obvio que la renta no era atribuible a ese establecimiento permanente. Si bien algunos convenios bilaterales incluyen una norma antielusión limitada, basada en una fórmula reducida de fuerza de atracción que se aplica únicamente a los beneficios procedentes de actividades similares a las desarrolladas por el establecimiento permanente, la aplicación del principio general de fuerza de atracción antes descrito se rechaza actualmente como práctica internacional en materia de convenios. El principio que generalmente se acepta ahora en los convenios de doble imposición se basa en el criterio de que al gravar los beneficios que una empresa extranjera obtiene en un país determinado, las autoridades fiscales de ese país deben considerar las distintas fuentes de los beneficios que la empresa obtiene en el mismo y aplicar a cada una de esas fuentes el criterio para la determinación de la existencia de un establecimiento permanente, con sujeción a la posibilidad de que sean aplicables otros artículos del Convenio. Esta solución permite simplificar y hacer más eficiente la administración del impuesto y facilitar el cumplimiento con las obligaciones tributarias, y está mejor adaptada al modo en que normalmente se realizan las actividades económicas. La organización empresarial moderna es muy compleja. El número de sociedades existentes es considerable y cada una de ellas realiza actividades muy diversas y extienden su actividad por muchos países. Puede ocurrir que una sociedad establezca un establecimiento permanente en otro país a través del que realice actividades de fabricación mientras que otra parte de la misma empresa venda en ese otro país otros bienes o productos muy distintos por medio de agentes independientes. Esa sociedad puede tener razones comerciales perfectamente válidas para proceder de ese modo, basadas, por ejemplo, en la configuración histórica de su negocio o en motivos de conveniencia comercial. Si el país en que está situado el establecimiento permanente deseara llegar tan lejos como a intentar determinar, y gravar, el elemento de beneficio de cada operación realizada a través de agentes independientes con el fin de agregar ese beneficio a los del establecimiento permanente, podría estar interfiriendo seriamente en las actividades comerciales normales, lo cual sería contrario a la finalidad del Convenio.

13. Como se señala en la segunda frase del apartado 1, los beneficios que son atribuibles al establecimiento permanente se determinan de acuerdo con las disposiciones del apartado 2, que precisa el significado de los términos "beneficios atribuibles al establecimiento permanente" utilizados en el apartado 1. Dado que el apartado 1 concede las potestades tributarias al Estado en el que está situado el establecimiento permanente únicamente respecto de los beneficios atribuibles a ese establecimiento permanente, impide a su vez, por tanto, a ese Estado, con sujeción a la aplicación de otros artículos del Convenio, someter a imposición a la empresa del otro Estado contratante respecto de los beneficios que no sean atribuibles al establecimiento permanente.

14. El objeto del apartado 1 es limitar el derecho de un Estado contratante a gravar los beneficios de las actividades económicas de empresas del otro Estado contratante. Como

confirma el apartado 3 del artículo 1, este apartado no restringe el derecho de un Estado contratante a gravar a sus propios residentes en virtud de las disposiciones sobre transparencia fiscal internacional recogidas en su normativa interna, si bien puede calcularse el impuesto exigido a sus residentes sobre la parte de los beneficios de una empresa residente del otro Estado contratante, atribuible a la participación de dichos residentes en esa empresa. El impuesto así aplicado por un Estado a sus propios residentes no reduce los beneficios de la empresa del otro Estado y, por tanto, no podrá decirse que se ha exigido sobre esos beneficios (véase también el párrafo 81 de los Comentarios al artículo 1).

Apartado 2

15. El apartado 2 enuncia la regla básica para la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente. De acuerdo con este apartado, estos beneficios son aquellos que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos a través del establecimiento permanente y de otras partes de la empresa. Asimismo, el apartado aclara que esta norma se aplica en relación con las operaciones realizadas entre el establecimiento permanente y otras partes de la empresa.

16. El enfoque básico incorporado al apartado a los efectos de determinar cuáles son los beneficios atribuibles al establecimiento permanente es, por tanto, el de requerir la determinación de los beneficios construyendo la ficción de que el establecimiento permanente es una empresa distinta y de que dicha empresa es independiente del resto de la empresa de la que forma parte, así como de toda otra persona. La segunda parte de esta construcción teórica se corresponde con el principio de plena competencia, igualmente aplicable en virtud de las disposiciones del artículo 9, a los efectos de ajustar el beneficio de las empresas asociadas (véase el apartado 1 de los Comentarios al artículo 9).

17. El apartado 2 no pretende repartir los beneficios globales del conjunto de la empresa entre el establecimiento permanente y las otras partes de la empresa, sino que, en lugar de ello, exige que los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente se determinen como si se tratara de una empresa distinta. Por tanto, pueden atribuirse beneficios a un establecimiento permanente aun cuando el conjunto de la empresa no los haya obtenido nunca. A la inversa, el apartado 2 puede llevar a la no atribución de beneficios a un establecimiento permanente, aun cuando el conjunto de la empresa sí los haya obtenido.

18. Obviamente, no obstante, cuando una empresa de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, es natural que el primer Estado tenga interés en que en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente se apliquen correctamente las pautas marcadas en el apartado 2. Dado que estas normas implican a ambos Estados contratantes, es el Estado de la empresa el que en virtud del artículo 23 A o 23 B, debe eliminar la doble imposición sobre los beneficios correctamente atribuibles al establecimiento permanente (véase el párrafo 27 más adelante). Dicho de otro modo, si el Estado en el que está situado el establecimiento permanente pretende someter a imposición beneficios no atribuibles al establecimiento permanente conforme al artículo 7, puede producirse un caso de doble imposición de los beneficios que debieran gravarse únicamente en el Estado de la empresa.

19. Como se señaló anteriormente en los párrafos 8 y 9, el artículo 7, en su redacción actual, refleja el planteamiento desarrollado en el Informe adoptado por el Comité de Asuntos Fiscales en 2010. El Informe trata básicamente sobre la aplicación de la hipótesis de empresa distinta e independiente que subyace al apartado 2, y el objeto principal de los cambios introducidos en ese párrafo tras la adopción del Informe fue el de garantizar que la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente siguiera el planteamiento propuesto en ese Informe. El Informe, por tanto, ofrece una guía detallada sobre cómo deben determinarse los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente en virtud de lo dispuesto en el apartado 2.

20. Como el Informe explica, la atribución de beneficios a un establecimiento permanente en virtud del apartado 2, resultará del cálculo de los beneficios (o pérdidas) derivadas del conjunto de sus actividades, comprendidas las transacciones con empresas independientes, las transacciones con las empresas asociadas (aplicando directamente las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia) y las operaciones internas con otras partes de la empresa. Este análisis conlleva las dos fases que se describen a continuación. El orden en que se presentan los elementos que componen cada una de las fases no debe interpretarse como preceptivo, dado que los diversos elementos pueden estar relacionados entre sí (por ejemplo, el riesgo se atribuye inicialmente a un establecimiento permanente en tanto que lleva a cabo funciones humanas significativas que determinan su asunción, pero la consideración y caracterización de una operación interna posterior entre el establecimiento permanente y otra parte de la empresa que gestione el riesgo puede conducir a una transferencia del riesgo y del capital que permite su asunción a la otra parte de la empresa).

21. Durante la primera fase se procede a un análisis funcional y factual conducente a:

— la atribución al establecimiento permanente, según corresponda, de los derechos y obligaciones derivados de las transacciones entre la empresa de la que forma parte y las empresas independientes;

— la identificación de las funciones humanas significativas que determinan la atribución de la propiedad económica de los activos y la atribución de la propiedad económica de los activos al establecimiento permanente;

— la identificación de las funciones humanas significativas que determinan la asunción del riesgo y la atribución de los riesgos al establecimiento permanente;

— la identificación de otras funciones del establecimiento permanente;

— el reconocimiento y la determinación de la naturaleza de aquellas operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la misma empresa que, habiendo satisfecho el umbral al que se refiere el párrafo 26, puedan considerarse como tales; y

— la atribución de capital sobre la base de los activos y riesgos atribuidos al establecimiento permanente.

22. Durante la segunda fase se fija el precio de toda transacción efectuada con empresas asociadas atribuida al establecimiento permanente, siguiendo las pautas contenidas en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, y estas Directrices se aplican por analogía a las operaciones internas entre el establecimiento permanente y las restantes partes de

la empresa de la que forma parte. Este proceso implica la determinación de un precio de plena competencia para las operaciones internas consideradas como tales, mediante:

— la determinación de la comparabilidad entre las operaciones internas y las transacciones en el mercado libre, aplicando directamente los factores de comparabilidad contenidos en las Directrices (características de los bienes o de los servicios, condiciones económicas y estrategias empresariales) o por analogía (análisis funcional, términos contractuales) a la luz de las circunstancias concretas del establecimiento permanente; y

— la aplicación por analogía de uno de los métodos de las Directrices a fin de determinar la contraprestación de plena competencia de las operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la empresa, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas por el establecimiento permanente y por las otras partes de la empresa y los activos y riesgos que se les atribuyen respectivamente.

23. Todas estas operaciones se describen con más detalle en el Informe, en concreto por lo que respecta a la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes de las entidades que operan en el sector financiero, sector en el que está muy generalizada la canalización de operaciones a través de establecimientos permanentes (véase la Parte II del Informe que trata sobre los establecimientos permanentes de entidades bancarias; la Parte III, que trata sobre los establecimientos permanentes de las empresas que operan en el mercado mundial, y la Parte IV, que trata sobre los establecimientos permanentes de empresas que llevan a cabo actividades de seguros).

24. El apartado 2 se refiere específicamente a las operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la empresa de la que el establecimiento permanente forma parte, para destacar que la ficción de empresa distinta e independiente requiere que esas operaciones internas se traten de forma similar a como se tratarían las transacciones realizadas entre empresas independientes. Esta referencia específica a las operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la empresa no restringe, sin embargo, el ámbito del apartado. Cuando una transacción efectuada entre la empresa y una empresa asociada afecte directamente a la determinación de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente (por ejemplo, la adquisición de bienes por el establecimiento permanente a una empresa asociada para su venta posterior a través del establecimiento permanente), el apartado 2 exige asimismo que, a los fines del cálculo de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, se ajusten las condiciones de la operación, cuando sea necesario, a fin de que reflejen las que se hubieran producido en una transacción similar entre empresas independientes. Supongamos, por ejemplo, que el establecimiento permanente situado en el Estado F de una empresa del Estado R adquiere bienes a una empresa asociada del Estado T. Si el precio pactado en el contrato entre las dos empresas asociadas excede del que se hubiera acordado entre empresas independientes, el apartado 2 del artículo 7 del convenio entre el Estado R y el Estado F permitirá al Estado F ajustar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente hasta alcanzar el precio que hubiera pagado por esos bienes una empresa distinta e independiente. En tal caso, el Estado R podrá ajustar también el beneficio de la empresa del Estado R en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 9 del Convenio entre el Estado R y el Estado T, que desencadenará la aplicación del mecanismo de ajuste correlativo del apartado 2 del artículo 9 de ese convenio.

25. Las operaciones internas entre el establecimiento permanente y el resto de la empresa de la que forma parte no tienen consecuencias jurídicas para el conjunto de la empresa. Esto implica que es necesario prestar mayor atención a esas operaciones internas que a las transacciones realizadas entre dos empresas asociadas. Implica asimismo la necesidad de un análisis más pormenorizado de la documentación que pudiera existir (ante la inevitable ausencia, por ejemplo, de contratos jurídicamente vinculantes).

26. En términos generales, no se pretende aumentar las obligaciones en materia de documentación relativa a las operaciones internas en comparación con las transacciones entre empresas asociadas. Es más, como en el caso de la documentación relativa a los precios de transferencia a la que se hace referencia en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, las obligaciones en materia de documentación no deben traducirse para el contribuyente en cargas y costes desproporcionados en relación con las circunstancias. No obstante, considerando la singularidad de la naturaleza de una operación interna, los países pueden querer requerir a los contribuyentes que demuestren claramente que esa operación interna debe admitirse. Así, por ejemplo, un registro contable y la documentación justificativa del mismo en el que conste una operación interna por la que se transfieran riesgos, obligaciones y beneficios de importancia económica, constituye un punto de partida útil para la atribución de los beneficios. Se invita a los contribuyentes a preparar esa documentación, ya que puede reducir sustancialmente la posibilidad de controversia sobre la aplicación de este planteamiento. Las administraciones tributarias concederán crédito a esa documentación a pesar de que carezca de valor jurídico, en tanto que:

— sea coherente con la naturaleza económica de las actividades que lleva a cabo la empresa y que revele el análisis funcional y factual;

— los acuerdos documentados relacionados con la operación interna, considerados en conjunto, no difieran de aquellos que hubieran convenido empresas independientes comparables que muestren un comportamiento racional desde el punto de vista comercial o, en caso de diferir, que la estructura contenida en la documentación del contribuyente no impida a la administración tributaria determinar en la práctica el precio de transferencia apropiado; y

— la operación interna expuesta en la documentación aportada por el contribuyente no contravenga los principios en los que se basa el planteamiento expuesto en el Informe, por ejemplo, pretendiendo transferir riesgos de forma que se les separe de las funciones.

27. Las palabras con las que comienza el apartado 2 y la expresión “en cada Estado contratante” indican que este apartado no se aplica únicamente a los efectos de determinar los beneficios que de acuerdo con la última frase del apartado 1 pueda gravar el Estado contratante en que esté situado el establecimiento permanente, sino también a los de la aplicación de los artículos 23 A y 23 B por el otro Estado contratante. Cuando una empresa de uno de los Estados realice su actividad a través de un establecimiento permanente situado en el otro Estado, el Estado mencionado en primer lugar debe dejar exentos los beneficios atribuibles al establecimiento permanente (artículo 23 A) o conceder un crédito tributario respecto del impuesto exigido en el otro Estado sobre esos beneficios (artículo 23 B). En virtud de ambos artículos, ese Estado debe, por tanto, determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente a fin de eliminar la doble imposición y, para ello, debe atenerse a las disposiciones del apartado 2.

28. La ficción de la empresa distinta e independiente que impone el apartado 2 se restringe al ámbito de la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente. Esta ficción no se extiende al cálculo de una renta supuesta de la empresa que un Estado contratante pueda someter a imposición en virtud de su legislación interna con el argumento de que tal renta estaría sujeta a otro artículo del Convenio que, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 7, permite su imposición a pesar de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 7. Supongamos, por ejemplo, que las circunstancias de un caso concreto justifiquen que se considere que la propiedad económica de un edificio utilizado por el establecimiento permanente deba atribuirse a la sede (véase el párrafo 75 de la Parte I del Informe). En tal caso, el apartado 2 puede requerir la deducción de una renta ficticia para determinar los beneficios del establecimiento permanente. Sin embargo, no podrá interpretarse que esta construcción teórica es el origen de una renta derivada del bien inmueble a los efectos del artículo 6. Naturalmente, a la ficción a la que obliga el apartado 2 no modifica la naturaleza de la renta que obtiene la empresa; simplemente se aplica para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente a los efectos de los artículos 7, 23 A y 23 B. De forma similar, el hecho de que según lo dispuesto en el apartado 2 pueda deducirse un cargo ficticio de intereses en la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente no significa, a los efectos de los apartados 1 y 2 del artículo 11, que se haya pagado interés alguno a la empresa de la que el establecimiento permanente es parte. La construcción teórica de la empresa distinta e independiente no se extiende al artículo 11 y, a los efectos de ese artículo, no puede considerarse que una parte de una empresa haya efectuado un pago de intereses a otra parte de esa misma empresa. No obstante, es obvio que si el interés pagado por una empresa a una persona diferente tiene su origen en una deuda incurrida por razón del establecimiento permanente de la empresa y es este establecimiento permanente quien lo soporta, este pago real de intereses podrá someterse a imposición en el Estado en que resida el establecimiento permanente en virtud del apartado 2 del artículo 11. Del mismo modo, cuando una transferencia de activos entre un establecimiento permanente y el resto de la empresa se considere una operación interna a los efectos del apartado 2 del artículo 7, el artículo 13 no impedirá a los Estados gravar los beneficios o ganancias derivados de dicha operación interna en la medida en que dicha imposición sea conforme con el artículo 7 (véanse los párrafos 4, 8 y 10 de los Comentarios al artículo 13).

29. Algunos Estados consideran que, como principio de política fiscal, la ficción teórica de la empresa distinta e independiente a la que obliga el apartado 2 no debería restringirse a la aplicación de los artículos 7, 23 A y 23 B, sino que debería ampliarse también a la interpretación y aplicación de otros artículos del Convenio, de forma que se garantice, al máximo posible, que los establecimientos permanentes reciben el mismo tratamiento que las filiales. Estos Estados pueden considerar por tanto que los gastos ficticios relativos a las operaciones internas que, de conformidad con el apartado 2 se deducen en el cálculo de los beneficios del establecimiento permanente, deben tratarse, a los efectos de otros artículos del Convenio, del mismo modo que los pagos que hiciera una filial a su matriz. Por consiguiente, estos Estados pueden querer incluir en sus convenios fiscales disposiciones en virtud de las que los gastos relativos a las operaciones internas deban admitirse a los efectos de los artículos 6 y 11 (debe señalarse, no obstante, que el impuesto se exigirá conforme a estas disposiciones únicamente en la medida prevista en la legislación interna). Otra posibilidad es que estos Estados opten por determinar que las operaciones internas no se admitirán en aquellas circunstancias en las que una operación equivalente entre dos empresas distintas generara renta comprendida

en el ámbito de los artículos 6 u 11 (sin embargo, en ese caso será importante asegurarse de que se atribuya a la empresa que corresponda la parte que proceda de los gastos relacionados con lo que de otro modo hubiera podido admitirse como una operación interna). Los Estados que consideren estas opciones deben tener en cuenta no obstante el hecho de que, por razón de las circunstancias particulares aplicables al cargo de intereses internos entre las distintas partes de una entidad financiera (por ejemplo, un banco), las operaciones internas que generan dichos gastos se admitieron hace mucho tiempo, incluso antes de la adopción de la versión actual del artículo.

30. El apartado 2 determina los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente a los efectos de la norma contenida en el apartado 1, que distribuye las potestades tributarias en relación a los mismos. Una vez que se han determinado los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente de acuerdo con el apartado 2 del artículo 7, la legislación interna de cada Estado contratante será quien determine si tales beneficios deben someterse a imposición y en qué medida, siempre que esta determinación sea conforme con lo previsto en el apartado 2 y con las restantes disposiciones del Convenio. El apartado 2 no trata sobre si los gastos son deducibles en el momento de calcular la renta imponible de la empresa en cualquiera de los Estados contratantes. Las condiciones para la deducibilidad de los gastos es materia que compete a las legislaciones internas, con sujeción a las disposiciones del Convenio y, en concreto, al apartado 3 del artículo 24 (véanse los párrafos 33 y 34 más adelante).

31. Así, por ejemplo, mientras que aquellas disposiciones de derecho interno que no admitan las operaciones internas que deban admitirse para determinar el beneficio atribuible a un establecimiento permanente en virtud del apartado 2, o que nieguen la deducción de los gastos en los que no se haya incurrido exclusivamente en beneficio del establecimiento permanente, estarán evidentemente contraviniendo el apartado 2, dicho apartado 2 no afectará a aquellas otras normas que impidan la deducción de ciertos tipos de gastos (por ejemplo, gastos de representación) o que establezcan los casos en los que un gasto concreto debe deducirse. Sin embargo, al hacer tal distinción pueden plantearse cuestiones de difícil solución como en el caso de restricciones impuestas por la legislación interna en función del momento de pago efectivo de un gasto o de un elemento de renta. Dado que, por ejemplo, una operación interna no implicará una transferencia o pago real entre dos personas distintas, la aplicación de esas restricciones impuestas por la legislación interna deberá tener normalmente en cuenta la naturaleza de la operación interna y, por tanto, tratar la transferencia o pago en cuestión como si se hubiera efectuado entre dos personas distintas.

32. Las diferencias entre la legislación interna de los dos Estados en relación con cuestiones tales como los porcentajes de amortización, el momento de reconocimiento de la renta y las restricciones en la deducibilidad de ciertos gastos, se traducirá normalmente en un importe de renta gravable distinto en cada Estado, aun cuando, a los efectos del Convenio, el importe de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente se haya calculado en ambos Estados sobre la base de lo dispuesto en el apartado 2 (véanse también los párrafos 39 a 43 de los Comentarios a los artículos 23A y 23B). Así, a pesar de que el apartado 2 se aplica igualmente al Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente (a los efectos del apartado 1) que al otro Estado contratante (a los efectos de los artículos 23A o 23B), es probable que el importe de la renta imponible respecto del que una empresa de un Estado contratante vaya a tributar en el Estado en que tenga un establecimiento permanente, sea distinto, en un ejercicio dado, del importe de renta imponible respecto del que el primer Estado deba conce-

der la exención o el crédito fiscal en virtud de los artículos 23 A o 23 B. Asimismo, en la medida en que esta disimilitud provenga de la diferencia entre normativas internas en relación con los tipos de gastos deducibles, y no a diferencias respecto del momento de reconocimiento de esos gastos, la diferencia será permanente.

33. Al gravar los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en su territorio, un Estado contratante tendrá que seguir teniendo en cuenta, no obstante, las disposiciones del apartado 3 del artículo 24. Este párrafo exige, entre otras cosas, que los gastos sean deducibles en las mismas condiciones con independencia de que se hayan generado por razón de un establecimiento permanente situado en un Estado contratante, o por razón de una empresa de ese Estado. Como se señala en el párrafo 40 de los Comentarios al artículo 24:

> Debe reconocerse a los establecimientos permanentes el mismo derecho que la legislación tributaria concede a las empresas residentes a deducir del beneficio imponible los gastos de explotación. Esta deducción debe permitirse sin otras restricciones que las impuestas a las empresas residentes.

34. La condición impuesta en el apartado 3 del artículo 24 no varía con independencia de cómo se consideren los gastos incurridos por una empresa en beneficio de un establecimiento permanente a los efectos del apartado 2 del artículo 7. En algunos casos no resultará apropiado considerar que se ha realizado una operación interna entre distintas partes de una empresa. En ese caso, los gastos incurridos por una empresa por razón de las actividades que ha realizado el establecimiento permanente se descontarán directamente al determinar el beneficio del establecimiento permanente (por ejemplo, el sueldo de un trabajador de la construcción local contratado y remunerado a nivel local para trabajar exclusivamente en una obra que constituye un establecimiento permanente de una empresa extranjera). En otros casos, los gastos incurridos por la empresa se atribuirán a funciones desarrolladas total o parcialmente en beneficio del establecimiento permanente por otras partes de la empresa, y al determinar el beneficio atribuible al establecimiento permanente se descontará el importe que corresponda (por ejemplo, gastos generales relacionados con las funciones administrativas desarrolladas por la sede en beneficio del establecimiento permanente). En ambos casos, el apartado 3 del artículo 24 determina que, por lo que respecta al establecimiento permanente, los gastos serán deducibles en las mismas condiciones que las aplicables a una empresa de ese Estado. De este modo, todo gasto incurrido por la empresa directa o indirectamente en beneficio del establecimiento permanente, no tendrá un tratamiento fiscal menos favorable que un gasto similar en el que incurra una empresa de ese Estado. Esta norma se aplicará con independencia de si, a los efectos del apartado 2 de este artículo 7, el gasto se atribuye directamente al establecimiento permanente (primer ejemplo) o se atribuye a otra parte de la empresa, pero se refleja en un cargo ficticio al establecimiento permanente (segundo ejemplo).

35. El apartado 3 del artículo 5 fija una norma especial para los lugares fijos de negocios constituidos por una obra o un proyecto de construcción o instalación. Tal lugar fijo de negocios constituye un establecimiento permanente únicamente cuando su duración exceda de doce meses. La experiencia demuestra que estos tipos de establecimientos permanentes pueden generar problemas específicos al atribuirles beneficios en virtud del artículo 7.

36. Estos problemas surgen principalmente cuando son otras partes de la empresa, o una parte vinculada en relación con la obra o el proyecto de construcción o de instalación, quienes proveen los bienes o prestan los servicios. Si bien estos problemas pueden plantearse con cualquier establecimiento permanente, son especialmente agudos en el caso de las obras y de

los proyectos de construcción o de instalación. En estas circunstancias es necesario prestar especial atención al principio general de que los beneficios son atribuibles al establecimiento permanente únicamente cuando proceden de actividades desarrolladas por la empresa a través del mismo.

37. Por ejemplo, cuando son las otras partes de la empresa las que suministran los bienes, los beneficios procedentes de ese suministro no se derivan de las actividades desarrolladas a través del establecimiento permanente, por lo que no pueden atribuírsele. Del mismo modo, los beneficios procedentes de la prestación de servicios (de planificación, diseño, elaboración de proyectos o de consultoría técnica) por las partes de la empresa que operan fuera del Estado en el que está ubicado el establecimiento permanente, no resultan de las actividades desarrolladas a través del establecimiento permanente, por lo que no pueden atribuírsele.

38. El artículo 7, en su redacción anterior a 2010 incluía el siguiente apartado 3:

> Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.

Si bien la intención original de ese apartado fue la de aclarar que el apartado 2 exigía que se tuvieran en cuenta los gastos incurridos directa o indirectamente en beneficio de un establecimiento permanente al determinar los beneficios de este, aun cuando los gastos se hubieran realizado fuera del Estado en el que estuviera situado el establecimiento permanente, en ocasiones se ha interpretado como que limita la deducción de los gastos que indirectamente benefician al establecimiento permanente al importe real de los mismos.

39. Esto ocurría especialmente en el caso de los gastos generales de administración, expresamente mencionados en ese apartado. Conforme a la versión anterior del apartado 2, tal como se interpretaba en los Comentarios, esto no constituía normalmente un problema, dado que la parte alícuota de los gastos generales de administración de la empresa normalmente solo podían atribuirse a un establecimiento permanente sobre la base de costes efectivos.

40. En su tenor actual, sin embargo, el apartado 2 exige el reconocimiento de la operación y la determinación de un precio de plena competencia de las operaciones internas mediante las que una parte de la empresa realiza funciones en beneficio del establecimiento permanente (por ejemplo, mediante la prestación de asistencia en la gestión de la actividad diaria). El apartado 2 exige la deducción de un precio de plena competencia para estas operaciones internas, en lugar de una deducción limitada al importe de los gastos. Se ha suprimido por tanto el anterior apartado 3, con la intención de evitar una interpretación errónea, limitativa de la deducción al importe de los gastos en sí. Esta supresión no afecta al requisito impuesto por el apartado 2 de considerar todos los gastos pertinentes de la empresa, con independencia de donde se hayan realizado, a los efectos de calcular el beneficio atribuible a un establecimiento permanente. Dependiendo de las circunstancias, esto se hará mediante la deducción de todos los gastos o parte de ellos, o mediante la deducción de un precio de plena competencia en el caso de una operación interna entre el establecimiento permanente y otra parte de la empresa.

41. El artículo 7, en su redacción anterior a 2010, incluía asimismo una disposición que permitía la atribución de beneficios a un establecimiento permanente sobre la base de un

reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes. Sin embargo, este método se aplicaba únicamente en la medida en que tal determinación fuera usual en un Estado contratante y que el resultado obtenido fuera conforme con los principios del artículo 7. En opinión del Comité, pueden aplicarse métodos distintos al de reparto de los beneficios totales de una empresa incluso en los casos más difíciles. Por tanto, el Comité decidió suprimir esta disposición, dado que su aplicación se había convertido en muy excepcional y por la preocupación que generaba la extremada dificultad de garantizar que el resultado de su aplicación fuera conforme con el principio de plena competencia.

42. Al mismo tiempo, el Comité decidió eliminar también otra disposición contenida en la versión anterior del artículo, conforme a la que los beneficios atribuibles al establecimiento permanente se calcularían "cada año utilizando el mismo método a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma". Esta disposición, que pretendía garantizar un tratamiento estable y coherente, era adecuada mientras se admitió que los beneficios atribuibles al establecimiento permanente podrían determinarse mediante métodos directos o indirectos, o incluso sobre la base del reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes. Sin embargo, el nuevo planteamiento desarrollado por el Comité no permite la aplicación de métodos tan radicalmente distintos, por lo que obvia la necesidad de incluir tal disposición.

43. Otra disposición que se suprimió al mismo tiempo del artículo establecía que "no se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa". La redacción anterior del subapartado 4, letra *d*) del artículo 5 establecía que cuando una empresa de un Estado contratante mantenía en el otro Estado un lugar fijo de negocios exclusivamente para la adquisición de bienes para sí, no debía considerarse que esa actividad, en ese emplazamiento, hubiera alcanzado un nivel tal que justificara la imposición en ese otro Estado (los cambios realizados en el artículo 5 en 2017 han reducido el ámbito de esa excepción). No obstante, cuando el subapartado 4 *d*) no era aplicable porque la empresa llevara a cabo otras actividades a través de ese lugar de negocios, que constituía por tanto un establecimiento permanente, lo adecuado era atribuir beneficios a todas las funciones ejercidas en ese emplazamiento. Naturalmente, si fuera una empresa independiente la que desarrollara las actividades de compra, la adquirente habría sido retribuida por sus servicios en condiciones de plena competencia. Del mismo modo, dado que una exención restringida a las actividades de adquisición realizadas por la empresa, supondría que los gastos en los que se incurriera en el ejercicio de tales actividades se excluyeran de la determinación de los beneficios del establecimiento permanente, dicha exención podía generar problemas administrativos. El Comité consideró, por tanto, que una disposición conforme a la que no pudieran atribuirse beneficios a un establecimiento permanente por razón de la mera adquisición de bienes o mercancías para la empresa no era coherente con el principio de plena competencia y no debía incluirse en el artículo.

Apartado 3

44. La combinación de los artículos 7 (que restringe las potestades tributarias del Estado en que está situado el establecimiento permanente) y 23 A y 23 B (que obligan al otro Estado a eliminar la doble imposición) garantiza la inexistencia de doble imposición no eliminada sobre los beneficios debidamente atribuidos al establecimiento permanente. Para llegar a este resultado puede ser necesario que los dos Estados resuelvan sus diferencias de interpretación

del apartado 2 y será importante disponer de mecanismos mediante los que resolverlas, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición.

45. Como ya se señaló anteriormente, la necesidad de los dos Estados contratantes de llegar a una interpretación común en lo que respecta a la aplicación del apartado 2, que permita eliminar el riesgo de doble imposición, ha llevado al Comité a desarrollar una guía detallada para la interpretación de ese apartado. Esta guía se recoge en el Informe, que se apoya en los principios de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia.

46. Por lo general, el riesgo de doble imposición se eliminará porque el contribuyente determinará los beneficios atribuibles al establecimiento permanente del mismo modo en cada Estado contratante y de acuerdo con el apartado 2, tal como se interpreta en el Informe, lo que asegura el mismo resultado a los efectos de los artículos 7 y 23 A o 23 B (no obstante, véase el párrafo 66). En la medida en que los Estados estén de acuerdo en que el contribuyente ha procedido de este modo, se abstendrán de ajustar el beneficio con la intención de obtener un resultado distinto en aplicación del apartado 2. A continuación se ilustra esta situación mediante un ejemplo.

47. Ejemplo: una fábrica situada en el Estado R de una empresa de ese Estado R ha transferido bienes para su venta a un establecimiento permanente de la empresa situado en el Estado F. Para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente en virtud del apartado 2, el Informe prevé que debe admitirse la existencia de una operación interna, por lo que debe calcularse un precio ficticio de plena competencia para esa operación interna. La documentación de la empresa, que es conforme con el análisis funcional y factual, y que ha sido utilizada por el contribuyente como base para el cálculo de su renta imponible en cada Estado, revela la existencia de una operación interna consistente en la venta de bienes por la fábrica del Estado R al establecimiento permanente del Estado F, y que se ha calculado un precio ficticio de plena competencia de 100 para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. Ambos Estados están de acuerdo en que la existencia de la operación interna y el precio aplicado por el contribuyente son conformes con los principios del Informe y de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia. En este caso, ambos Estados deben abstenerse de ajustar el beneficio invocando que debería haberse fijado otro precio de plena competencia; en la medida en que estén de acuerdo en que el contribuyente se ha ajustado a lo dispuesto en el apartado 2, las administraciones tributarias de ambos Estados no pueden imponer su criterio al del contribuyente en lo que respecta a las condiciones de plena competencia. En este ejemplo, el hecho de que se haya utilizado en ambos Estados el mismo precio de plena competencia, y de que ambos Estados lo vayan a admitir a los efectos de la aplicación del Convenio, garantiza que toda posible doble imposición relativa a dicha operación interna quedará eliminada por aplicación del artículo 23 A o 23 B.

48. En el ejemplo anterior ambos Estados coincidían en que la aceptación de la operación interna y del precio utilizado por el contribuyente eran conformes con los principios enunciados en el Informe y en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia. Sin embargo, los Estados contratantes, pueden no coincidir siempre. En algunos casos el Informe y las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia pueden permitir distintas interpretaciones del apartado 2 y, en la medida en que a partir de esa divergencia pueda generarse una doble imposición, es esencial garantizar su eliminación. El apartado 3 formula el mecanismo que conduce a ese resultado.

49. Por ejemplo, como se explicó en los párrafos 105 a 171 de la Parte I del Informe, el apartado 2 permite distintos planteamientos para determinar, sobre la base de la atribución del capital "libre" a un establecimiento permanente, el gasto por intereses atribuible a ese establecimiento permanente. El Comité reconoció que esto podría generar problemas, especialmente en el caso de las instituciones financieras, y concluyó que en este y en otros casos, cuando los dos Estados contratantes interpreten el apartado 2 de distinta forma, sin que sea posible concluir que alguna de tales interpretaciones no sea conforme con su tenor, es importante garantizar que vaya a eliminarse toda doble imposición que pueda surgir de esa discrepancia.

50. El apartado 3 garantiza la consecución de ese resultado. Sin embargo, es importante señalar que son pocos los casos en los que será necesario recurrir a ese apartado.

51. En primer lugar, como se explicó en el párrafo 46 más arriba, cuando el contribuyente haya determinado los beneficios atribuibles al establecimiento permanente siguiendo el mismo método en ambos Estados contratantes, y ambos Estados estén de acuerdo en que el contribuyente ha procedido conforme al apartado 2, según la interpretación dada en el Informe, no deberá procederse a ajustar el beneficio a fin de obtener un resultado distinto en aplicación del apartado 2.

52. En segundo lugar, el apartado 3 no pretende limitar en modo alguno los recursos ya previstos que garantizan que cada Estado contratante cumple con las obligaciones contraídas en virtud de los artículos 7 y 23 A o 23 B. Por ejemplo, si la determinación por un Estado contratante de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en ese Estado no es conforme con el apartado 2, el contribuyente podrá utilizar los recursos de los que disponga por legislación interna, así como el procedimiento amistoso previsto en el artículo 25, para abordar el hecho de que el contribuyente no ha estado sometido a imposición en ese Estado de acuerdo con el convenio. Estos recursos estarán igualmente disponibles si el otro Estado no determina los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, a los efectos del artículo 23 A o 23 B, de acuerdo con el apartado 2 y, por tanto, no cumple con lo dispuesto en este artículo.

53. Sin embargo, cuando el contribuyente no haya determinado los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de conformidad con el apartado 2, cada Estado tendrá derecho a realizar un ajuste que garantice el cumplimiento de las disposiciones de dicho apartado. Cuando un Estado realice un ajuste conforme al apartado 2, el párrafo permite ciertamente que el otro Estado realice un ajuste recíproco de forma que se evite la doble imposición mediante la aplicación combinada del apartado 2 y del artículo 23 A o 23 B (véase el párrafo 65 más adelante). Sin embargo, pudiera ser que la legislación interna de ese otro Estado (el Estado en que está situado el establecimiento permanente) no permita realizar ese ajuste, o que ese Estado no tenga incentivos para proceder a ello por sí mismo si con ello se reduce el importe de los beneficios anteriormente gravables en ese Estado. También puede ocurrir, como se señaló anteriormente, que los dos Estados contratantes adopten distintas interpretaciones del apartado 2 y que no sea posible concluir que alguna de ellas no es conforme con su tenor.

54. El apartado 3 aborda estas cuestiones. El siguiente ejemplo ilustra la aplicación del apartado.

55. Ejemplo: una fábrica situada en el Estado R de una empresa de ese Estado R ha transferido bienes para su venta a un establecimiento permanente de la empresa situado en el Estado F. Para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente en virtud del apar-

tado 2, debe admitirse la existencia de una operación interna, y determinarse un precio ficticio de plena competencia para esa operación. La documentación de la empresa, que es conforme con el análisis funcional y factual, y que ha sido utilizada por el contribuyente como base para el cálculo de su renta imponible en cada Estado, revela la existencia de una operación interna consistente en la venta de bienes por la fábrica del Estado R al establecimiento permanente del Estado F, y que se ha determinado un precio ficticio de 90 para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. El Estado F acepta el importe utilizado por el contribuyente, pero el Estado R considera que ese importe está por debajo de lo que requieren su legislación interna y el principio de plena competencia del apartado 2. El Estado R considera que el precio de plena competencia que debería haberse utilizado es 110 y ajusta el importe del impuesto debido en el Estado R en consecuencia, tras reducir el importe de la exención (artículo 23 A) o del crédito (artículo 23 B) solicitado por el contribuyente en relación con los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. En esa situación, dado que el precio de una única operación interna se habrá determinado con los precios de 90 en el Estado F y 110 en el Estado R, la diferencia de 20 en los beneficios podrá estar sometida a doble imposición. El apartado 3 aborda esta situación exigiendo al Estado F, en la medida en que realmente exista esa doble imposición y de que el ajuste realizado por el Estado R sea conforme con el apartado 2, que realice el ajuste correlativo sobre el impuesto exigible en el Estado F respecto de los beneficios sujetos a imposición en ambos Estados.

56. Sin embargo, si el Estado F no está de acuerdo con que el ajuste practicado por el Estado R era conforme con el apartado 2, no considerará que deba practicar ajuste alguno. En tal caso, el procedimiento para resolver la cuestión de si el Estado F debe realizar el ajuste en virtud del apartado 3 (si el apartado 2 justifica el ajuste practicado por el Estado R) o si el Estado R debe abstenerse de realizar el ajuste inicial (en caso de que no se justifique conforme al apartado 2) será el previsto en el apartado 1 del artículo 25 (procedimiento amistoso) recurriendo, cuando sea necesario, al procedimiento arbitral previsto en el apartado 5 del artículo 25 (dada su relación con la cuestión de si las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para el contribuyente una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio). Mediante este procedimiento, los dos Estados podrán alcanzar un acuerdo sobre el precio de plena competencia, que podrá ser el propuesto por el contribuyente, o por los Estados, u otro distinto.

57. Como se señala en el ejemplo del párrafo 55, el apartado 3 aborda el hecho de que el Convenio pueda no ofrecer, en determinadas circunstancias, protección suficiente frente a la doble imposición cuando los dos Estados contratantes adopten interpretaciones distintas del apartado 2 del artículo 7 y cada Estado considere que su imposición es “acorde con” el Convenio. El apartado 3 garantiza la eliminación de la doble imposición en ese caso, lo que es coherente con los objetivos generales del Convenio.

58. El apartado 3 comparte las características básicas del apartado 2 del artículo 9. En primer lugar, se aplica a cada Estado en relación con el ajuste practicado por el otro Estado. Por tanto, su aplicación es recíproca tanto si el ajuste inicial se ha practicado en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente, como en el otro Estado. Además, no se aplica a menos que uno de los Estados haya practicado el ajuste.

59. Como ocurre en el apartado 2 del artículo 9, el apartado 3 no obliga a la realización automática de un ajuste correlativo simplemente porque los beneficios atribuidos al estable-

cimiento permanente se hayan ajustado en uno de los Estados contratantes. Este ajuste correlativo es necesario únicamente cuando el otro Estado considere que los beneficios ajustados se ciñen a lo dispuesto en el apartado 2. Dicho de otro modo, el apartado 3 no podrá invocarse ni deberá aplicarse cuando los beneficios atribuibles al establecimiento permanente se ajusten en distinta medida de lo que se hubieran ajustado si se hubieran calculado correctamente conforme a los principios del apartado 2. Con independencia de qué Estado practica el ajuste inicial, el otro Estado está obligado a realizar el ajuste correlativo que proceda únicamente si considera que los beneficios ajustados reflejan adecuadamente los beneficios que hubiera obtenido el establecimiento permanente si la operación interna del establecimiento permanente hubiera sido una transacción efectuada en condiciones de plena competencia. El otro Estado está obligado por tanto a realizar dicho ajuste correlativo únicamente si considera que el ajuste inicial está justificado, tanto en su fundamentación como en su importe.

59.1. La legislación interna de algunos países puede permitir que el contribuyente modifique una declaración de impuestos ya presentada, en las circunstancias apropiadas, para ajustar los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente con el fin de reflejar una atribución conforme, en opinión del contribuyente, con los principios de entidad distinta y de plena competencia que subyacen al artículo 7. Cuando se realizan de buena fe, estos ajustes pueden facilitar la atribución correcta de beneficios a un establecimiento permanente conforme a lo previsto en el apartado 2. Sin embargo, puede ocurrir una doble imposición cuando, por ejemplo, el ajuste iniciado por el contribuyente aumente los beneficios atribuidos a un establecimiento permanente situado en un Estado contratante sin que se realice en el otro Estado contratante el ajuste correlativo que proceda. La eliminación de esta doble imposición se encuentra dentro del ámbito de aplicación del apartado 3. De hecho, en la medida en que el Estado mencionado en primer lugar haya gravado los beneficios incrementados, puede considerarse que dicho Estado ha ajustado los beneficios atribuibles al establecimiento permanente y que ha gravado unos beneficios que ya han tributado en el otro Estado. En tales circunstancias, el artículo 25 permite a las autoridades competentes de los Estados contratantes abordar mediante consultas la forma de eliminar la doble imposición; las autoridades competentes pueden, en caso necesario, recurrir al procedimiento amistoso para determinar si el ajuste inicial satisfizo las condiciones del apartado 2 y, en caso afirmativo, determinar el importe del ajuste que proceda practicar en la cuantía del impuesto exigido sobre los beneficios atribuibles al establecimiento permanente a fin de eliminar la doble imposición.

60. El apartado 3 no especifica el método que deba seguirse para practicar el ajuste correlativo. Cuando el Estado en el que está ubicado el establecimiento permanente es el que practica el ajuste inicial, el ajuste al que se refiere el apartado 3 puede llevarse a cabo en el otro Estado ajustando el importe de renta que tiene que quedar exenta en virtud del artículo 23 A, o del crédito que tiene que concederse en virtud del artículo 23 B. Cuando sea el otro Estado el que realiza el ajuste inicial, el ajuste al que se refiere el apartado 3 podrá realizarse en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente recalculando el impuesto de la empresa del otro Estado a fin de reducir la renta sujeta a imposición en el importe que proceda.

61. La cuestión de los denominados “ajustes secundarios” que se analiza en el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 9, no se plantea en el caso de los ajustes practicados en virtud del apartado 3. Como se señaló en el párrafo 28 anterior, la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente se plantea únicamente a los efectos de los artículos 7, 23 A y 23 B, y no afecta a la aplicación de otros artículos del Convenio.

62. Al igual que el apartado 2 del artículo 9, el apartado 3 no responde a la cuestión de si debería determinarse un plazo tras cuya expiración un Estado no esté obligado a ajustar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente tras una revisión al alza de estos beneficios en el otro Estado. Algunos Estados consideran que esta obligación no debe estar sometida a una limitación temporal; expresado de otro modo: con independencia de los años que se haya retrotraído el Estado que ha practicado el ajuste inicial, debe garantizarse por equidad a la empresa la realización del ajuste que proceda en el otro Estado. Otros Estados consideran que una obligación sin plazo de esta naturaleza no es razonable desde el punto de vista de la práctica administrativa. Este problema no se ha abordado en el texto del apartado 3, ni el apartado 2 del artículo 9, si bien los Estados contratantes tienen libertad para introducir en sus convenios bilaterales, si así lo desean, disposiciones relativas al plazo durante el que un Estado deba estar obligado a practicar el ajuste que proceda (a este respecto, véanse los párrafos 39, 40 y 41 de los Comentarios al artículo 25). Los Estados contratantes pueden tener igualmente interés en abordar esta cuestión mediante una disposición que limite el período durante el que pueda realizarse un ajuste conforme al apartado 2 del artículo 7. Esta solución evita la doble imposición que resultaría en ausencia de un ajuste en el otro Estado conforme al apartado 3, tras el practicado en virtud del apartado 2 en el primer Estado. Los Estados contratantes que deseen obtener ese resultado pueden acordar bilateralmente añadir el siguiente apartado tras el apartado 4:

> 5. Los Estados contratantes no ajustarán los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes una vez transcurrido el plazo de [bilateralmente acordado] contado desde el fin del ejercicio fiscal en el que los beneficios hubieran sido atribuibles al establecimiento permanente. Las disposiciones de este apartado no son aplicables en caso de fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso.

63. Puede haber casos en los que el ajuste inicial realizado en un Estado no requiera inmediatamente un ajuste correlativo sobre la cuantía del impuesto que grava los beneficios en el otro Estado (por ejemplo, cuando el ajuste inicial en un Estado sobre los beneficios atribuibles al establecimiento permanente vaya a afectar a la determinación de la cuantía de una pérdida atribuible al resto de la empresa en el otro Estado). De acuerdo con la segunda frase del apartado 3, las autoridades competentes pueden determinar el efecto que tendrá en el futuro el ajuste inicial sobre el impuesto que resultará en el otro Estado antes de exigirlo efectivamente; de hecho, a fin de evitar el problema descrito en el párrafo anterior, las autoridades competentes podrán optar por utilizar el procedimiento amistoso en cuanto sea posible para poder determinar en qué medida será necesario un ajuste correlativo en el otro Estado más adelante.

64. Si las partes interesadas no estuvieran de acuerdo en el importe y la naturaleza del ajuste que proceda realizar se recurrirá al procedimiento amistoso previsto en el artículo 25, como ocurre en el caso de los ajustes practicados en virtud del apartado 2 del artículo 9. De hecho, como se muestra en el ejemplo del párrafo 55 anterior, si uno de los dos Estados contratantes ajusta los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente sin que el otro Estado proceda a un ajuste correlativo en la medida en que sea necesario para evitar la doble imposición, el contribuyente podrá recurrir al procedimiento amistoso previsto en el apartado 1 del artículo 25 y, si fuera necesario, al arbitraje previsto en el apartado 5 del artículo 25, a fin de reclamar a las autoridades competentes que convengan que, o bien el ajuste inicial practicado por un Estado o la negativa del otro Estado a practicar un ajuste correlativo, no son acordes con las disposiciones del Convenio (la cláusula sobre el procedimiento arbitral

del apartado 5 del artículo 25 desempeñará un papel crítico en aquellos casos en los que las autoridades competentes no puedan llegar al acuerdo por otras vías, ya que garantizará que las cuestiones que impidan el acuerdo quedarán resueltas mediante arbitraje).

65. El apartado 3 se aplica únicamente en la medida necesaria para eliminar la doble imposición sobre los beneficios que resulten del ajuste. Supongamos, por ejemplo, que el Estado donde está situado el establecimiento permanente ajusta los beneficios que el contribuyente ha atribuido a ese establecimiento permanente para corregir el hecho de que el precio de una operación interna entre el establecimiento permanente y el resto de la empresa no se ajusta al principio de plena competencia. Supongamos que el otro Estado conviene igualmente que el precio calculado por el contribuyente no es el de plena competencia. En ese caso, la aplicación combinada del apartado 2 y del artículo 23 A o 23 B, obligará a que el otro Estado atribuya al establecimiento permanente, con el fin de eliminar la doble imposición, un beneficio ajustado que refleje el precio de plena competencia. En tal caso, el apartado 3 no será pertinente más que en la medida en que cada Estado adopte una interpretación diferente de lo cual debería ser un precio de plena competencia correcto.

66. El apartado 3 se aplica únicamente en lo que concierne a las diferencias en la determinación de los beneficios atribuidos a un establecimiento permanente cuando, de conformidad con el artículo, den como resultado la atribución de una misma parte de beneficios a diferentes partes de la empresa. Como ya se explicó anteriormente (párrafos 30 y 31 precedentes), el artículo 7 no versa sobre el cálculo de la renta imponible, sino sobre la atribución de beneficios a los efectos de la distribución de las potestades tributarias entre los dos Estados contratantes. Por tanto, el artículo sirve únicamente para atribuir rentas y gastos a los efectos de determinar las potestades tributarias y no entra a considerar qué rentas son gravables y qué gastos son deducibles, siendo esta una determinación sujeta a lo dispuesto en la legislación interna, en tanto que sea conforme con el apartado 2. Cuando los beneficios atribuidos al establecimiento permanente sean los mismos en cada Estado, el importe que vaya a incluirse en la renta imponible sobre la que vaya a aplicarse el impuesto en cada Estado en un ejercicio determinado puede no coincidir, dadas las diferencias en la legislación interna relacionadas, por ejemplo, con el reconocimiento de las rentas y la deducción de los gastos. Dado que estas normas internas distintas se aplican únicamente a los beneficios atribuidos a cada Estado, no originan por sí mismas una doble imposición a los efectos del apartado 3.

67. Del mismo modo, el apartado 3 no afecta al cálculo de la exención o el crédito previstos en el artículo 23 A o 23 B, excepto a los fines de garantizar una eliminación de la doble imposición que no sería posible de otro modo, respecto del impuesto pagado en el Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente por razón de los beneficios que se hayan atribuido a dicho establecimiento permanente en ese Estado. Este apartado no se aplicará, por tanto, cuando esos beneficios hayan resultado íntegramente exentos en el otro Estado, o cuando el impuesto pagado en el Estado mencionado en primer lugar se haya deducido íntegramente contra el impuesto pagado en el otro Estado en virtud de la legislación interna de ese otro Estado y de conformidad con el artículo 23 A o 23 B.

68. Algunos Estados pueden preferir que las situaciones reguladas por el apartado 3 se resuelvan mediante procedimiento amistoso (cuya inoperancia desencadenaría la aplicación de la disposición sobre arbitraje del apartado 5 del artículo 25) si un Estado no acuerda unilateralmente practicar el ajuste correlativo, sin tener en cuenta el método de determinación o

precio de plena competencia que haya preferido adoptar el Estado que ha practicado el ajuste inicial. Estos Estados preferirán por tanto una disposición que indefectiblemente conceda la posibilidad de negociar el precio de plena competencia o el método de determinación que deba aplicarse con el Estado que practica el ajuste. Los Estados que compartan esta opinión pueden optar por utilizar la siguiente versión alternativa del apartado 3:

> Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, por consiguiente, grave los beneficios de la empresa que ya ha gravado el otro Estado, ese otro Estado contratante, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste que proceda si está de acuerdo con el ajuste practicado por el Estado mencionado en primer lugar; en caso de que el otro Estado contratante no estuviera de acuerdo con dicho ajuste, los Estados contratantes eliminarán la doble imposición que pueda resultar mediante acuerdo amistoso.

69. Esta versión alternativa tiene por objeto garantizar que el Estado al que se requiere que practique el ajuste correlativo pueda exigir siempre que se le solicite mediante procedimiento amistoso. Esta versión difiere significativamente del apartado 3 en que no impone a ese Estado la obligación legal de tener que conceder el ajuste correlativo, aun cuando considere que el ajuste practicado por el otro Estado se ha realizado de conformidad con el apartado 2. La disposición concederá siempre a un Estado la posibilidad de negociar con el otro Estado cuál es el precio de plena competencia o el método de determinación más adecuado. Cuando el Estado en cuestión no acuerde unilateralmente practicar el ajuste correlativo, esta versión del apartado 3 garantizará que el contribuyente tiene derecho de recurrir al procedimiento amistoso para resolver el caso. Es más, cuando el caso desencadene este procedimiento amistoso, la disposición impone una obligación legal recíproca sobre los Estados contratantes para eliminar la doble imposición mediante acuerdo amistoso, aun cuando la disposición no prevea una norma sustantiva que permita determinar el Estado que tiene la obligación de modificar su posición para lograr ese acuerdo amistoso. Si los Estados contratantes no alcanzaran un acuerdo para eliminar la doble imposición, ambos estarán contraviniendo las obligaciones que han contraído en virtud del convenio. La obligación de eliminar esos casos de doble imposición mediante acuerdo amistoso prevalece sobre la norma contenida en el apartado 2 del artículo 25, que meramente exige a las autoridades competentes "hacer lo posible" por resolver la cuestión mediante un acuerdo amistoso.

70. Si los Estados contratantes acuerdan bilateralmente sustituir el apartado 3 por la disposición alternativa anterior, los comentarios planteados en los párrafos 66 y 67, referidos al apartado 3, se aplicarán también respecto de esta disposición.

Apartado 4

71. Aun cuando no se ha considerado necesario definir el término "beneficios" en el convenio, debe entenderse en todo caso que el término, utilizado en este artículo y en los restantes del Convenio, tiene un significado amplio que comprende todas las rentas procedentes de la explotación de una empresa. Esta significación amplia se corresponde con el uso que se hace de este término en la legislación fiscal de la mayoría de los países miembros de la OCDE.

72. De no existir el apartado 4, esta interpretación del término "beneficios" pudiera haber generado cierta incertidumbre respecto de la aplicación del Convenio. Si los beneficios de una empresa comprenden tipos de renta regulados separadamente en otros artículos del Convenio,

por ejemplo: dividendos, la cuestión que se planteará será qué artículo debe aplicarse a esos elementos de renta, por ejemplo: en el caso de los dividendos, este artículo o el artículo 10.

73. En la medida en que la aplicación de este artículo y de cualquier otro pertinente genere un mismo tratamiento fiscal, la cuestión tendrá escasa relevancia. Del mismo modo, otros artículos del Convenio tratan específicamente esta cuestión respecto de ciertos tipos de renta (por ejemplo: el apartado 4 del artículo 6, el apartado 4 de los artículos 10 y 11, el apartado 3 del artículo 12, los apartados 1 y 2 del artículo 17 y el apartado 2 del artículo 21).

74. Sin embargo, esta cuestión puede plantearse respecto de otras categorías de renta, por lo que se ha decidido incluir una norma interpretativa que garantice que los artículos referidos a categorías específicas de renta tendrán prioridad sobre el artículo 7. De esta norma se desprende que el artículo 7 será aplicable a los beneficios procedentes de actividades económicas que no se correspondan con categorías de rentas comprendidas en esos otros artículos y, adicionalmente, a las rentas que en virtud del apartado 4 de los artículos 10 y 11, del apartado 3 del artículo 12 y del apartado 2 del artículo 21, recaigan en el ámbito de aplicación del artículo 7. Sin embargo, esta norma no regula la clasificación de las rentas a los efectos de la legislación interna; así, si un Estado contratante puede someter a imposición un elemento de renta en virtud de otros artículos de este Convenio, ese Estado podrá, a sus propios fines tributarios, clasificar esa renta como desee (por ejemplo, como beneficios de actividades económicas o como una categoría de renta concreta) siempre que el tratamiento tributario de ese elemento de renta sea acorde con las disposiciones del Convenio. Debe señalarse asimismo que cuando una empresa de un Estado contratante obtenga rentas procedentes de bienes inmuebles a través de un establecimiento permanente situado en el otro Estado, ese otro Estado no podrá someter a imposición esa renta si procede de bienes inmuebles situados en el Estado mencionado en primer lugar o en un tercer Estado (véase el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 21 y los párrafos 9 y 10 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B).

75. Queda a la elección de los Estados contratantes acordar bilateralmente explicaciones o definiciones especiales del término "beneficios" con el fin de aclarar la diferencia entre este término y, por ejemplo, el concepto de dividendos. En particular, puede considerarse adecuado proceder a ello cuando el convenio objeto de negociación se aparte de las definiciones contenidas en los artículos sobre dividendos, intereses y cánones.

75.1. Un cierto número de países aplica programas de comercio de derechos de emisión en el marco de la estrategia global de lucha contra el cambio climático. En virtud de dichos programas, pueden exigirse permisos de emisión para el ejercicio de ciertas actividades económicas que generan gases de efecto invernadero, y reconocerse créditos generados en concepto de proyectos de reducción o de supresión de emisiones en otros países. Dado el carácter multinacional de ciertos programas de comercio de derechos de emisión (como el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea), estos programas plantean problemas específicos en relación con el Modelo de Convenio tributario, especialmente por lo que respecta al tratamiento de las rentas procedentes de la emisión y comercialización de los derechos y créditos de emisión. El informe del Comité "Tax treaty issues related to emissions permits/credits"[6] aborda estas cuestiones. Como explica el informe, las rentas derivadas de la

[6] Reproducido en el Volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE* en la página R(25)-1. (Problemas planteados con los permisos/créditos de emisión en relación con los convenios tributarios.)

emisión o la comercialización de derechos y créditos de emisión están, por lo general, comprendidas en los artículos 7 y 13. Sin embargo, en determinadas circunstancias, dichas rentas pueden recaer en el ámbito de los artículos 6, 8 o 21 (véase el párrafo 2.1 de los Comentarios al artículo 6 y el párrafo 14.1 de los Comentarios al artículo 8).

76. Finalmente, debe señalarse que dos tipos de beneficios que anteriormente quedaban cubiertos por otros artículos del Convenio recaen ahora en el ámbito del artículo 7. En primer lugar, si bien la definición del término "cánones" recogida en el apartado 2 del artículo 12 del Borrador de Convenio de 1963 y del Modelo de Convenio de 1977 incluía los pagos "por el uso o el derecho de uso de equipos industriales, comerciales o científicos", la referencia a estos pagos se eliminó posteriormente de la definición a fin de garantizar la inclusión de las rentas procedentes del arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos, comprendidas las rentas del arrendamiento de contenedores, en las disposiciones del artículo 7 o del artículo 8 (véase el párrafo 9 de los Comentarios a ese artículo), según corresponda, en lugar de en las del artículo 12, resultado que el Comité de Asuntos Fiscales considera adecuado teniendo en cuenta la naturaleza de estas rentas.

77. En segundo lugar, antes del año 2000, las rentas procedentes de servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente se trataban en un artículo específico, a saber, el artículo 14. Las disposiciones de este artículo eran similares a las aplicables a los beneficios de las empresas, pero el artículo 14 utilizaba el concepto de base fija en lugar del de establecimiento permanente, dado que originalmente se consideró que este último debía reservarse a las actividades comerciales e industriales. No obstante, no siempre estaba claro qué actividades estaban comprendidas en el artículo 14 y cuáles en el artículo 7. La eliminación del artículo 14 en 2000 reflejó el hecho de que no se pretendía diferenciar entre los conceptos de establecimiento permanente, tal como este se utilizaba en el artículo 7, y de base fija, usado en el artículo 14, ni entre la forma de calcular los beneficios y el impuesto en función de que se aplicara el artículo 7 o el 14. El efecto provocado por la supresión del artículo 14 es que las rentas derivadas de los servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente se tratan ahora en el artículo 7 como beneficios derivados de actividades económicas. Hecho que se confirmó mediante la adición en el artículo 3 de una definición del término "actividad económica" que incluye expresamente los servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente.

Observaciones a los Comentarios

78. *Italia* y *Portugal* consideran que es esencial tener en cuenta que, con independencia del significado dado a la cuarta frase del párrafo 77, en lo que se refiere al método de cálculo de los impuestos, la nueva redacción del Modelo, es decir, la eliminación del artículo 14, no afecta a los sistemas nacionales.

79. [Suprimido.]

80. [Suprimido.]

81. [Suprimido.]

82. *Suecia* desea precisar que no considera que los distintos enfoques para la atribución de capital "libre" a los que se hace referencia en el Informe sobre la atribución de beneficios a los

establecimientos permanentes, conduzcan necesariamente a un resultado de plena competencia. Por tanto, al examinar los hechos y circunstancias de cada caso, en muchas ocasiones Suecia no considera que el importe de la deducción de intereses resultante de la aplicación de estos enfoques sea conforme con el principio de plena competencia. Cuando la aplicación de criterios distintos para la atribución de capital "libre" conlleve una doble imposición, deberá recurrirse al procedimiento amistoso previsto en el artículo 25.

83. En relación con los párrafos 27 y 65, *Estados Unidos* desea aclarar cómo procederá a eliminar la doble imposición que pueda derivarse de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. Cuando un contribuyente pueda demostrar a la autoridad competente estadounidense que no se ha eliminado la doble imposición con la aplicación de los mecanismos previstos en la legislación interna estadounidense, tales como los créditos fiscales por impuestos pagados en el extranjero por razón de otras operaciones, Estados Unidos eliminará esa doble imposición adicional.

84. *Turquía* no comparte los criterios expresados en el párrafo 28 de los Comentarios al artículo 7.

Reservas al artículo

85. *Australia* se reserva el derecho a introducir una disposición que le permita aplicar su derecho interno a la tributación de las rentas procedentes de cualquier clase de seguro.

86. *Australia* se reserva el derecho a incluir una disposición aclarando su derecho a someter a imposición la parte de los beneficios derivados de actividades económicas a la que tenga derecho un residente del otro Estado contratante como beneficiario efectivo, cuando esos beneficios los obtenga el fiduciario de un patrimonio fiduciario (distinto de ciertos fondos de inversión abiertos –*unit trusts*– tratados como sociedades a los efectos fiscales en Australia) por la realización de una actividad económica a través de un establecimiento permanente en Australia.

87. *Corea* y *Portugal* se reservan el derecho a someter a imposición a las personas que presten servicios profesionales o ejerzan otra actividad de carácter independiente cuando su estancia o estancias en su territorio tengan, en conjunto, una duración superior a 183 días en cualquier período de doce meses, incluso si dichas personas no poseen un establecimiento permanente (o una base fija) para el ejercicio de sus servicios o actividades.

88. *Italia, Portugal* y *Turquía* se reservan el derecho someter a imposición a las personas que presten servicios profesionales independientes en virtud de las disposiciones de un artículo específico que se corresponda con las del artículo 14 tal como estaba redactado antes de su supresión en 2000. En el caso de Turquía, la cuestión de si ese artículo debe aplicarse a personas distintas de las personas físicas se determinará mediante negociación bilateral.

89. *Estados Unidos* se reserva el derecho a modificar el artículo 7 con el fin de permitir, en aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo, que el Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente pueda gravar toda renta o ganancia atribuible a ese establecimiento permanente durante su existencia, incluso si los pagos se difieren hasta después de que el establecimiento permanente haya dejado de existir. Estados Unidos también desea indicar que se reserva el derecho a aplicar esta misma regla a los artículos 10, 11, 12, 13 y 21.

90. *Turquía* se reserva el derecho a gravar en la fuente las rentas obtenidas por el arrendamiento de contenedores, en todos los casos. Cuando sean aplicables los artículos 5 y 7 a tales rentas, Turquía desea aplicar la regla del establecimiento permanente en los casos de simple depósito, de agencia de depósito y de sucursal operativa.

91. *Estados Unidos* y *Noruega* se reservan el derecho a tratar las rentas derivadas del uso, mantenimiento o arrendamiento de contenedores utilizados en el tráfico internacional conforme al artículo 8, de la misma forma que las rentas obtenidas en el transporte marítimo y aéreo.

92. *Australia* y *Portugal* se reservan el derecho a proponer en las negociaciones bilaterales una disposición que permita a las autoridades competentes de un Estado contratante, cuando la información de que dispongan sea inadecuada para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de una empresa, aplicar a dicha empresa las disposiciones de la legislación tributaria de ese Estado, puntualizando que dicha ley se aplicará con arreglo a los principios de este artículo, en la medida que la información de que dispongan lo permita.

93. *México* se reserva el derecho a someter a imposición en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente los beneficios de actividades económicas derivados de la venta de bienes y mercancías, realizadas directamente por la sede central situada en el otro Estado contratante, siempre que tales bienes y mercancías sean idénticos o similares a los vendidos por medio de dicho establecimiento permanente. El Gobierno de México aplicará esta regla únicamente para evitar abusos y no como principio general de "fuerza de atracción"; así, la regla no será aplicable si la empresa demuestra que las ventas se han realizado por razones distintas de la obtención de los beneficios del Convenio.

94. La *República Checa* se reserva el derecho a añadir al apartado 3 una disposición que limite los posibles ajustes correlativos a los casos de buena fe.

95. *Nueva Zelanda* se reserva el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7 teniendo en cuenta las observaciones y reservas correspondientes a esa versión (es decir, la incluida en el Modelo de Convenio Tributario inmediatamente antes de la actualización de 2010) debido a que disiente del planteamiento propuesto en la Parte I del Informe de 2010 sobre la Atribución de beneficios a establecimientos permanentes. Por tanto, no secunda los cambios introducidos en los Comentarios al artículo a través de esta actualización.

96. *Austria*, *Chile, Grecia, México, la República Eslovaca* y *Turquía* se reservan el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7, es decir, la incluida en el Modelo de Convenio Tributario inmediatamente antes de la actualización de 2010. Por tanto, no secundan los cambios introducidos al artículo a través de esta actualización.

97. *Portugal* se reserva el derecho a continuar adoptando en sus convenios el texto del artículo en la redacción anterior a 2010 hasta que su legislación interna se adapte de forma que pueda aplicar el nuevo enfoque.

98. *Eslovenia* se reserva el derecho a especificar que el ajuste que pueda derivarse del apartado 3 se practicará únicamente cuando se considere justificado.

99. *Australia* se reserva el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7 teniendo en cuenta las observaciones y reservas correspondientes a esa versión (es decir, la incluida en el Modelo de Convenio Tributario inmediatamente antes de la actualización de 2010).

100. *Letonia* se reserva el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7, es decir, la incluida en el Modelo de Convenio Tributario antes de la actualización de 2010, a reserva de sus posiciones sobre dicha versión anterior (véase el Anexo a las Posiciones de los países no miembros de la OCDE sobre el artículo 7).

ANEXO

VERSIÓN ANTERIOR DEL ARTÍCULO 7 Y DE SUS COMENTARIOS

A continuación se reproduce el texto del artículo 7 y sus Comentarios en su redacción anterior al 22 de julio de 2010. Esta versión anterior del artículo y sus Comentarios se transcribe como referencia histórica, dado que seguirá siendo pertinente para la aplicación e interpretación de los convenios bilaterales concluidos antes de esa fecha.

ARTÍCULO 7

UTILIDADES EMPRESARIALES

1. Las utilidades de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, las utilidades de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero solo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.

2. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente las utilidades que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.

3. Para la determinación de la utilidad del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.

4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar las utilidades imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de las utilidades totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera las utilidades imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este artículo.

5. No se atribuirán utilidades a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.

6 A efectos de los apartados anteriores, las utilidades imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año utilizando el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.

7. Cuando las utilidades comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 7
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS UTILIDADES EMPRESARIALES

I. Observaciones preliminares

1. Este artículo es, en muchos aspectos, continuación y corolario del artículo 5 que define el concepto de establecimiento permanente. El criterio de establecimiento permanente se utiliza normalmente en los convenios internacionales de doble imposición para establecer si determinada categoría de renta debe someterse o no a imposición en el país donde se genera, pero no proporciona por sí mismo una solución completa al problema de la doble imposición de las utilidades empresariales. Para evitar la doble imposición en esta materia es necesario complementar la definición de establecimiento permanente añadiendo un conjunto de reglas convenidas que sirvan de referencia para calcular las utilidades imputables al establecimiento permanente. En otros términos, cuando una empresa de un Estado contratante realice actividades empresariales en el otro Estado contratante, las autoridades de este segundo Estado, antes de gravar las utilidades de la empresa, deben plantearse dos cuestiones: en primer lugar, si la empresa tiene un establecimiento permanente en su territorio; en caso afirmativo, la segunda pregunta sería cuáles son las utilidades por las que, en su caso, debe tributar el establecimiento permanente. El artículo 7 se refiere a las reglas aplicables para dar respuesta a la segunda pregunta. El artículo 9 contiene las normas para determinar las utilidades de una empresa de un Estado contratante que realiza operaciones con una empresa del otro Estado contratante, cuando las dos empresas están asociadas.

2. Los artículos 7 y 9 no son particularmente detallados, ni fueron realmente innovadores en el momento de su adopción por la OCDE. Las cuestiones sobre qué criterio seguir para determinar las utilidades imputables al establecimiento permanente y cómo distribuir las utilidades obtenidas en operaciones entre empresas asociadas ya se trató en gran número de convenios de doble imposición y en distintos modelos desarrollados por la Sociedad de Naciones antes de que la OCDE la abordara por primera vez, y las soluciones adoptadas han seguido, por lo general, el mismo patrón.

3. Se reconoce de forma general que los principios esenciales en que se basa ese patrón están bien fundamentados y, cuando la OCDE examinó por primera vez la cuestión, se consideró suficiente confirmarlos con ligeras modificaciones encaminadas principalmente a darles mayor claridad. Los dos artículos contienen directrices. No establecen, ni puede esperarse que lo hagan dada la naturaleza del problema, reglas precisas para resolver todos los problemas que pueden plantearse cuando una empresa de un Estado obtiene utilidades en el otro Estado. La actividad económica se organiza actualmente de muy diversas formas, y sería completamente imposible, dentro de los límites relativamente

reducidos de un artículo de un convenio de doble imposición, establecer reglas exhaustivas para resolver todos los problemas que puedan presentarse.

4. Debe reconocerse, no obstante, que la interpretación de las directrices generales marcadas por el artículo 7, así como de las disposiciones de los convenios y modelos anteriores sobre los que se basó su redacción, ha variado considerablemente. Esta ausencia de interpretación común del artículo 7 puede originar problemas de doble imposición, o de ausencia de imposición. Por tal razón, es importante que las autoridades competentes se pongan de acuerdo sobre métodos compatibles para tratar tales problemas utilizando, cuando sea oportuno, el procedimiento amistoso establecido en el artículo 25.

5. En el transcurso de los años, el Comité de Asuntos Fiscales ha invertido un tiempo y un esfuerzo considerables con la intención de lograr una interpretación y una aplicación más coherentes de las normas contenidas en el artículo. Con la adopción del Modelo de Convenio fiscal de 1977 se introdujeron algunos pequeños cambios en la redacción del artículo y varias modificaciones en sus Comentarios. En 1984 se publicó un informe que abordaba esta cuestión en el caso concreto de los bancos[1]. En 1987, consciente de que la determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente podría generar incertidumbre, el Comité decidió estudiar esta cuestión, lo que condujo a la adopción, en 1993, del Informe titulado "Atribución de rentas a los establecimientos permanentes"[2] y a los cambios pertinentes en los Comentarios.

6. A pesar de ese trabajo, las prácticas seguidas en los países de la OCDE y de fuera de la Organización en relación con la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes y su interpretación del artículo 7 siguieron siendo muy diversas. El Comité reconoce la necesidad de dotar al contribuyente de más certidumbre: en su Informe "Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias", aprobado en 1995, señaló la necesidad de continuar los trabajos para abordar la cuestión de la aplicación del principio de plena competencia a los establecimientos permanentes. El resultado de este trabajo fue el informe de 2008 titulado "Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes". El criterio desarrollado en dicho informe no estaba limitado ni por la intención original, ni por la práctica histórica y la interpretación tradicional del artículo 7. Antes bien, lo que se pretendió fue formular el criterio más adecuado para atribuir beneficios a un establecimiento permanente en virtud del artículo 7, dadas las operaciones y el comercio actual que desarrollan las multinacionales.

7. El criterio planteado en el Informe trata sobre la atribución de beneficios tanto a los establecimientos permanentes en general (Parte I del Informe) como, en particular, a los

[1] "The Taxation of Multinational Banking Enterprises" ("La tributación de las empresas multinacionales del sector bancario"). Publicado en *Precios de transferencia y empresas multinacionales. Tres estudios fiscales*, OCDE, París, 1984.

[2] "Attribution of Income to Permanent Establishments", disponible también en francés con el título "Attribution de revenus aux établissements stables". (*N. de la T.*: traducido al castellano por el patrocinio de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos en el marco de colaboración con la OCDE Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid. España.) Reproducido en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, en la página R(13)-1.

establecimientos permanentes de las empresas que operan en el sector financiero, entre las que es muy habitual realizar sus operaciones a través de un establecimiento permanente (Parte II del Informe que versa sobre los establecimientos permanentes de los bancos; Parte III sobre los establecimientos permanentes de las empresas que realizan operaciones en el mercado mundial, y Parte IV sobre los establecimientos permanentes de las empresas que desarrollan su actividad en el sector de los seguros). El Comité considera que las pautas incluidas en el Informe constituyen el mejor criterio para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes de cuantos se haya tenido hasta ahora. No por ello deja de reconocer que existen diferencias entre algunas de las conclusiones alcanzadas en el Informe y la interpretación dada al artículo anteriormente en estos Comentarios. Este es el motivo de proceder a la modificación de los Comentarios: introducir una serie de conclusiones recogidas en el Informe que no contradicen las versiones anteriores de estos Comentarios, y que recomiendan criterios concretos en unos casos y permiten libertad de acción en otros. El Informe constituye por tanto la recapitulación de los principios internacionalmente aceptados y, en la medida en que no contradiga los presentes Comentarios, proporciona las pautas para la aplicación del principio de plena competencia recogido en el artículo.

8. Antes del año 2000 la renta de las actividades profesionales y de otras de carácter independiente se trataba por separado en un artículo, concretamente en el artículo 14. Las disposiciones de este artículo eran similares a las aplicables a las utilidades de actividades empresariales y profesionales pero utilizaban el concepto de base fija y no la de establecimiento permanente, ya que habían considerado en un principio que este último concepto solo debía aplicarse en el marco de actividades industriales y comerciales. Sin embargo, no quedaba claro en todos los casos qué actividades estaban comprendidas en el ámbito del artículo 14 y no del artículo 7. La eliminación del artículo 14 en el año 2000 reflejó el hecho de que no existían diferencias intencionadas entre los conceptos de establecimiento permanente del artículo 7 y de base fija del artículo 14 o entre el modo de calcular las utilidades y el impuesto según se aplicara el artículo 7 o el 14. El efecto de la supresión del artículo 14 estriba en que las rentas derivadas de las actividades profesionales o de otras actividades de carácter independiente están reguladas por el artículo 7 como utilidades empresariales. Ello se confirmó con la adición de una definición de los términos "actividad" o "negocio" –*business*– que expresamente prevé que dichos términos comprenden el ejercicio de actividades profesionales u otras de carácter independiente.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

9. Este apartado se refiere a dos cuestiones. En primer lugar confirma el principio, generalmente admitido en los convenios de doble imposición, según el cual una empresa de un Estado no debe ser gravada en el otro Estado a no ser que realice actividades económicas en ese otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado allí. Parece innecesario defender aquí los méritos de este principio. Bastará con recordar que es un principio reconocido en el ámbito de la fiscalidad internacional el hecho de que pueda con-

siderarse que una empresa de un Estado participa efectivamente en la vida económica de otro Estado hasta el punto de quedar sometida a la jurisdicción fiscal de ese Estado solo a partir del momento en que abre un establecimiento permanente en ese otro Estado.

10. El segundo principio, expresado en la segunda frase del apartado, es que la potestad tributaria del Estado en el que está situado el establecimiento permanente no se extiende a las utilidades que la empresa pueda obtener en ese Estado que no sean atribuibles al establecimiento permanente. Sobre este punto han existido diferencias de opinión, habiendo defendido algunos países, tiempo atrás, el principio general de "fuerza de atracción", conforme al que las rentas tales como otros beneficios empresariales, dividendos, intereses y regalías, procedentes de fuentes situadas en sus territorios, estaban plenamente comprendidas en sus potestades tributarias si el beneficiario poseía un establecimiento permanente en dicho territorio, aun cuando resultara obvio que la renta no era imputable a ese establecimiento permanente. Si bien algunos convenios bilaterales incluyen una norma antielusión restringida, basada en un criterio limitado de fuerza de atracción que únicamente se aplica a los beneficios empresariales procedentes de actividades similares a las desarrolladas por el establecimiento permanente, la aplicación del principio general de fuerza de atracción antes descrito se considera actualmente obsoleto como práctica internacional en la política de convenios. El principio actualmente vigente en los convenios se basa en el criterio de que al gravar las utilidades que una empresa extranjera obtiene en un país determinado, las autoridades fiscales de ese país deberán considerar separadamente las diversas fuentes de las utilidades que la empresa obtiene en el mismo y aplicar a cada una de esas fuentes el criterio para la determinación de la existencia de un establecimiento permanente, con sujeción a la posible aplicación de otros artículos del Convenio. Esta solución permite simplificar la administración del impuesto y facilitar el cumplimiento con las obligaciones tributarias, y está mejor adaptada al modo en que normalmente se realizan las actividades económicas. La organización empresarial moderna es muy compleja. Existe un considerable número de sociedades dedicadas a actividades muy diversas que operan de forma extensa en muchos países. Puede ocurrir que una de esas sociedades abra un establecimiento permanente en otro país a través del que realice actividades de fabricación mientras que otra rama de la misma empresa venda en ese otro país otros bienes o productos muy distintos por medio de agentes independientes. Esa empresa puede tener razones comerciales perfectamente válidas para proceder de ese modo, basadas, por ejemplo, en la configuración histórica de su negocio o en razones comerciales. Si el país en que está situado el establecimiento permanente deseara llegar a determinar, y gravar, el elemento de "utilidad" de cada operación realizada a través de agentes independientes para agregar esa utilidad a la del establecimiento permanente, podría estar interfiriendo seriamente en las actividades empresariales normales, lo cual sería contrario a la finalidad del Convenio.

11. Al referirse a la parte de las utilidades de una empresa que son atribuibles a un establecimiento permanente, la segunda frase del apartado 1 se remite directamente al apartado 2, que dicta las pautas para determinar qué beneficios deben atribuirse a un establecimiento permanente. Dado que el apartado 2 forma parte del contexto en que debe leerse la frase, esta no debe interpretarse de forma que contradiga el apartado 2, por ejemplo, considerando que limita el importe de las utilidades que pueden atribuirse a

un establecimiento permanente al importe de las utilidades del conjunto de la empresa. Así, mientras el apartado 1 establece que un Estado contratante únicamente puede someter a imposición las utilidades de una empresa del otro Estado contratante en la medida en que sean imputables a un establecimiento permanente situado en el primer Estado, el apartado 2 precisa el significado de la expresión "utilidades imputables a un establecimiento permanente". Expresado de otro modo, las pautas marcadas en el apartado 2 pueden conducir a una atribución de utilidades a un establecimiento permanente aun cuando el conjunto de la empresa no las haya obtenido nunca y, al contrario, a la no atribución de utilidades a un establecimiento permanente, aun cuando el conjunto de la empresa sí las haya obtenido.

12. No obstante, es natural que el Estado contratante de la empresa tenga interés en que en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente se apliquen correctamente las pautas marcadas en el apartado 2. Dado que estas normas implican a ambos Estados contratantes, en virtud del artículo 23 es el Estado de la empresa el que debe eliminar la doble imposición sobre las utilidades correctamente atribuibles al establecimiento permanente. Dicho de otro modo, si el Estado en el que está situado el establecimiento permanente pretende someter a imposición utilidades no imputables al establecimiento permanente conforme al artículo 7, se produciría un caso de doble imposición de las utilidades que hubieran debido gravarse únicamente en el Estado de la empresa.

13. El objeto del apartado 1 es definir los límites del derecho de un Estado contratante a gravar las utilidades de empresas del otro Estado contratante. Por el contrario, este apartado no limita el derecho de un Estado contratante a gravar sus propios residentes en virtud de su legislación nacional relativa a la transparencia fiscal internacional –CFC–, incluso si el impuesto exigido a sus residentes puede calcularse sobre la parte de los beneficios de una empresa residente del otro Estado contratante, atribuible a la participación de dichos residentes en esa empresa. El impuesto así aplicado por un Estado a sus propios residentes no reduce las utilidades de la empresa del otro Estado y, por lo tanto, no podrá decirse que se ha exigido sobre esas utilidades (véanse también el párrafo 23 de los Comentarios al artículo 1 y los párrafos 37 a 39 de los Comentarios al artículo 10).

Apartado 2

14. Este apartado establece el principio rector en el que debe basarse la atribución de beneficios al establecimiento permanente. El apartado recoge el criterio de que las utilidades imputables al establecimiento permanente son las que este hubiera obtenido si, en lugar de tratar con el resto de la empresa, hubiese tratado con una empresa totalmente independiente en las condiciones y los precios normales de mercado. Esto coincide con el principio de plena competencia* referido en los Comentarios al artículo 9. Normalmente las utilidades determinadas de esa forma coincidirán con las que se obtendrían por aplicación de las reglas habituales de la buena práctica contable.

* (*N. de la T.*: En México: "principio de precios de mercado", y en Argentina: "principio del precio normal de mercado abierto".)

15. El párrafo exige que el principio se aplique en cada Estado contratante. Obviamente, esto no significa que el importe respecto del que la empresa tenga que tributar en el Estado de la fuente coincida para un período dado con el importe de la renta respecto del que el otro Estado tenga que conceder la exención en virtud de los artículos 23 A o 23 B. Las diferencias entre las legislaciones internas de los dos Estados relativas a cuestiones tales como las normas de amortización, los plazos para el reconocimiento de la renta y las restricciones para la posibilidad de deducir ciertos gastos, conformes con el apartado 3 del artículo, normalmente generarán importes distintos de renta sujeta a imposición en cada Estado.

16. En la mayoría de los casos, para determinar las utilidades imputables al establecimiento permanente se utilizará su contabilidad comercial –contabilidad que normalmente se llevará, aunque solo sea por el interés de cualquier organización empresarial bien gestionada en conocer la rentabilidad de sus diferentes partes–. Como excepción, puede haber casos en que no exista una contabilidad separada (véanse los párrafos 51 a 55 más adelante). En cualquier caso, esa contabilidad, cuando exista, constituirá el punto lógico de partida de las operaciones de ajuste, si ello es necesario para determinar el importe de las utilidades imputables al establecimiento permanente de acuerdo con las pautas marcadas en el apartado 2. Quizá sea conveniente subrayar que tal pauta no puede servir de justificación para estimar utilidades hipotéticas sin una base efectiva; siempre será necesario partir de los hechos reales reflejados en la contabilidad del establecimiento permanente y, si fuera preciso, ajustar la cuantía de la utilidad obtenida a partir de tales hechos. Sin embargo, como se señala en el párrafo 19 más adelante, y se explica en el párrafo 39 de la Parte I del "Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes", la contabilidad y la documentación justificativa deben satisfacer ciertos requisitos a fin de que pueda considerarse que refleja datos reales.

17. Para poder determinar la necesidad de proceder al ajuste en virtud del apartado 2, será necesario determinar las utilidades que hubieran podido obtenerse si el establecimiento permanente hubiera sido una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total inpendencia con el resto de la empresa. En los apartados D-2 y D-3 de la Parte I del "Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes" se describe el análisis en dos fases mediante el que realizar tal determinación. Este análisis permite el cálculo de las utilidades imputables a todas las actividades efectuadas a través de un establecimiento permanente, comprendidas las transacciones con empresas independientes, las transacciones con empresas asociadas y las operaciones internas con otras partes de la empresa a la que pertenecen (por ej., la transferencia interna de bienes o de capital, o la prestación interna de servicios –véanse, por ejemplo, los párrafos 31 y 32–) con otras partes de la empresa (siguiendo la segunda fase de las mencionadas anteriormente), conforme a la pauta señalada en el apartado 2.

18. La primera fase de este análisis precisa de la identificación de las actividades desarrolladas a través del establecimiento permanente. Esta determinación debe realizarse aplicando un análisis funcional y factual (a cuyos efectos puede recurrirse a las pautas contenidas en las *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multi-*

nacionales y administraciones tributarias[3]). Durante la primera fase se identifican las actividades con trascendencia económica realizadas por el establecimiento permanente y las responsabilidades asumidas por este. En la medida en que sea pertinente, en este análisis se considerarán las actividades y responsabilidades que correspondan al establecimiento permanente en el contexto de las actividades y responsabilidades correspondientes al conjunto de la empresa, en especial a aquellas partes de la empresa que realicen operaciones internas con el establecimiento permanente. Durante la segunda fase del análisis se procederá a determinar la contraprestación correspondiente a dichas operaciones internas, aplicando por analogía los principios desarrollados para la aplicación del principio de plena competencia entre empresas asociadas (principios articulados en las *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*) tomando como referencia las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y a través del resto de la empresa.

19. Puede surgir la cuestión de hasta qué punto se debe considerar fiable una contabilidad basada en acuerdos entre la sede central y sus establecimientos permanentes (o entre distintos establecimientos permanentes). Evidentemente, tales acuerdos internos no tienen la naturaleza de contratos vinculantes. Sin embargo, en la medida en que las contabilidades de la sede central y del establecimiento permanente se preparen simétricamente, en función de tales acuerdos y estos reflejen las funciones realizadas por las diferentes partes en la empresa, las autoridades fiscales podrán aceptarlas. No obstante, para que pueda considerarse que las contabilidades se han preparado simétricamente, será necesario que los valores dados a las operaciones o los métodos de imputación de las utilidades o gastos en los libros del establecimiento permanente correspondan exactamente a los valores y métodos de imputación utilizados en los libros de la sede central en términos de la moneda nacional o funcional en que la empresa registre sus operaciones. Del mismo modo, como se explica en el párrafo 16, para poder considerar que la contabilidad y la documentación justificativa reflejan los datos reales deben satisfacer ciertos requisitos. Por ejemplo, cuando la contabilidad se base en acuerdos internos que reflejen medidas puramente artificiales en lugar de las funciones económicas reales de las diferentes partes de la empresa, tales arreglos podrán ignorarse, practicándose los ajustes correspondientes. Así ocurre si, en virtud de tales acuerdos internos, se trata a un establecimiento permanente que realice ventas como principal (soportando todos los riesgos y con derecho a todas las utilidades de las ventas) cuando, de hecho, se limita a actuar como intermediario o agente (incurriendo en riesgos limitados y con derecho solamente a parte de las rentas) o, en sentido inverso, se le trata como intermediario o agente cuando en realidad actúa como principal.

20. Puede concluirse, por tanto, que la contabilidad y la documentación justificativa que cumplan los requisitos antes mencionados constituyen un punto de partida útil a los efectos de atribuir beneficios a un establecimiento permanente. Se recomienda a los contribuyentes que preparen esa documentación, ya que puede reducir sustancialmente la

[3] El Consejo de la OCDE aprobó la versión original de este informe el 27 de junio de 1995, que se publicó con formato de hojas intercambiables en sus versiones inglesa y francesa, con los títulos: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* y *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscals* respectivamente.

posibilidad de controversias. En el apartado D-2 (*vi*) *b*) de la Parte I del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* se analizan las circunstancias en las que las administraciones tributarias aceptarán dicha documentación.

21. Pueden obtenerse utilidades imponibles cuando un activo que forma parte de un establecimiento permanente situado el territorio de un Estado, tenga o no la consideración de existencias, se transfiere a otro establecimiento permanente o a la sede central de la misma empresa situado en otro Estado. El artículo 7 permite al primer Estado gravar las utilidades que se consideran obtenidas como consecuencia de tal transferencia. Dichas utilidades pueden determinarse con arreglo a lo que se dice más adelante. Cuando se produzca dicha transferencia, tenga o no carácter permanente, se plantea la cuestión de determinar el momento en que se realizan las utilidades imponibles. En la práctica, cuando el activo tenga un valor de mercado considerable y pueda esperarse que figure en el balance del establecimiento permanente importador, o de otra parte de la empresa, con posterioridad al período impositivo en que se produce la transferencia, las utilidades imponibles no se considerarán obtenidas necesariamente, desde la perspectiva de la empresa en su conjunto, en el período impositivo de la transferencia considerada. Sin embargo, el mero hecho de que el activo abandone el ámbito de una jurisdicción fiscal puede desencadenar la imposición de las plusvalías latentes imputables a dicho activo, dado que el concepto de realización depende de la legislación interna de cada país.

22. Cuando los países donde operan los establecimientos permanentes someten a imposición las utilidades imputables a una transferencia interna en el momento en que esta se produce, aun cuando tales utilidades no se realicen efectivamente hasta un período posterior, se producirá inevitablemente un desfase temporal entre el momento del pago del impuesto en el extranjero y el momento en que ese impuesto puede tomarse en cuenta en el país de la sede central. Dicho desfase supone un serio problema, especialmente cuando el establecimiento permanente transfiera activos fijos o –en el caso de liquidación del establecimiento permanente– la totalidad de los activos de explotación a otra parte de la empresa de la que forma parte. En tales casos corresponderá al país de la sede central buscar, en cada caso concreto, una solución bilateral con el otro país si el riesgo de sobreimposición es importante.

23. El apartado 3 del artículo 5 fija una norma especial para los lugares fijos de negocios constituidos por una obra o un proyecto de construcción o instalación. Tal lugar fijo de negocios constituye un establecimiento permanente únicamente cuando su duración exceda de doce meses. La experiencia demuestra que estos tipos de establecimientos permanentes pueden generar problemas específicos al atribuirles renta en virtud del artículo 7.

24. Estos problemas surgen principalmente cuando son otras partes de la empresa, o una parte asociada, quienes proveen los bienes o prestan los servicios en relación con la obra o el proyecto de construcción o de instalación. Si bien estos problemas pueden plantearse con cualquier establecimiento permanente, son especialmente agudos en el caso de las obras y de los proyectos de construcción o de instalación. En estas circunstancias es necesario prestar una cuidadosa atención al principio general de que la renta es imputable al establecimiento permanente únicamente cuando se deriva de actividades desarrolladas por la empresa a través del mismo.

25. Por ejemplo, cuando son las otras partes de la empresa quienes suministran los bienes, las utilidades procedentes de ese suministro no se derivan de las actividades desarrolladas a través del establecimiento permanente, por lo que no le son imputables. Del mismo modo, las utilidades procedentes de la prestación de servicios (de planificación, diseño, dibujo de planos o de consultoría técnica) por las partes de la empresa que operan fuera del Estado en el que está ubicado el establecimiento permanente, no resultan de las actividades desarrolladas a través de este, luego no le son imputables.

26. Cuando en virtud del apartado 5 del artículo 5 se considera que una empresa de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante por razón de las actividades del denominado agente dependiente (véase párrafo 32 de los Comentarios al artículo 5), para la atribución de utilidades a ese agente considerado establecimiento permanente se aplican los mismos principios que para atribuir utilidades a otros tipos de establecimientos permanentes. En una primera fase se identifican las actividades que el agente dependiente realiza para la empresa, utilizando para ello un análisis funcional y factual que determinará las funciones realizadas por el agente dependiente tanto por cuenta propia como en nombre de la empresa. El agente dependiente y la empresa en cuyo nombre interviene constituyen dos potenciales contribuyentes distintos. Por un lado, el agente dependiente obtendrá sus propias rentas o utilidades, procedentes de las actividades que realiza por su propia cuenta para la empresa. Si el agente es residente de uno de los Estados contratantes, la imposición de dichas rentas o utilidades quedará determinada por las disposiciones del Convenio (comprendido el artículo 9 si el agente es una empresa asociada a la empresa en cuyo nombre interviene). Por otro lado, al agente considerado establecimiento permanente de la empresa se le atribuirán unos activos y riesgos de esta en relación con las funciones que desarrolle por cuenta de la empresa (es decir, las actividades que el agente dependiente realiza para esa empresa) junto con el capital necesario para soportar tales activos y riesgos. Tras lo cual, las utilidades se atribuirán al establecimiento permanente así determinado, sobre la base de tales activos, riesgos y capital. Estos beneficios no comprenderán los debidamente imputados al propio agente dependiente, que serán independientes, (véase el apartado D-5 de la Parte I del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*).

Apartado 3

27. Este apartado aclara, en relación con los gastos del establecimiento permanente, el principio general establecido en el apartado 2. El apartado reconoce específicamente que, para calcular las utilidades de un establecimiento permanente, deben tomarse en cuenta los gastos contraídos para los fines del establecimiento permanente, cualquiera que sea el lugar donde se hayan realizado. Es evidente que en ciertos casos será necesario estimar o calcular por medios convencionales el importe de los gastos considerados. En el caso, por ejemplo, de los gastos generales de administración realizados en la sede central de la empresa, puede ser adecuado computar una parte proporcional según la relación entre el volumen de ventas del establecimiento permanente (o eventualmente su utilidad bruta) y el del conjunto de la empresa. Con esta reserva, debe computarse el importe real de los gastos contraídos para los fines del establecimiento permanente. La deducción que puede practicar el establecimiento permanente por razón de los gastos de la empresa imputa-

bles al mismo no está condicionada al reembolso efectivo de tales gastos por el establecimiento permanente.

28. Se ha sugerido en ocasiones que la necesidad de conciliar los apartados 2 y 3 plantea ciertas dificultades prácticas, ya que el apartado 2 exige que los precios cargados en las operaciones entre el establecimiento permanente y la sede central se basen en el principio de plena competencia*, reconociendo a la parte transmitente las utilidades que hubiera realizado si tratara con una empresa independiente, mientras los términos del apartado 3 sugieren que, a efectos de la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, se tendrá en cuenta normalmente el coste efectivo de los mismos, sin añadir un margen de utilidad.

29. De hecho, si bien la aplicación del apartado 3 puede plantear algunas dificultades prácticas, especialmente en relación con los principios de empresa separada y de plena competencia implícitos en el apartado 2, no hay diferencias de fondo entre los dos apartados. El apartado 3 indica que, para determinar las utilidades del establecimiento permanente, ha de admitirse la posibilidad de deducir determinados gastos, mientras el apartado 2 establece que las utilidades determinadas con arreglo a las reglas del apartado 3 sobre deducción de gastos han de ser las que hubiera obtenido una empresa distinta que realizara las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones. De esta forma, mientras el apartado 3 establece una norma aplicable para la determinación de las utilidades del establecimiento permanente, el apartado 2 exige que las utilidades determinadas de esa forma correspondan a las que hubiera realizado si se tratara de una empresa separada e independiente.

30. Igualmente, el apartado 3 determina únicamente qué gastos deben atribuirse al establecimiento permanente a los efectos de la determinación de las utilidades imputables a ese establecimiento permanente. No aborda la cuestión de si dichos gastos, una vez atribuidos, son deducibles en el cálculo de la base imponible del establecimiento permanente, dado que los requisitos para la deducibilidad de los gastos está regulada por normativa interna, con sujeción a las disposiciones del artículo 24 sobre no discriminación (más concretamente, los apartados 3 y 4 de dicho artículo).

31. Al aplicar dichos principios a la determinación práctica de las utilidades del establecimiento permanente, se plantea la cuestión de si determinados costes incurridos por una empresa pueden considerarse realmente como gastos incurridos para los fines del establecimiento permanente, teniendo en cuenta los principios de empresa separada e independiente del apartado 2. Aunque generalmente las empresas independientes buscan en sus relaciones mutuas la realización de utilidades y, al transmitir bienes o suministrar servicios a otras empresas cargarán los precios normales de mercado, existen circunstancias en las que determinados bienes o servicios no podrían adquirirse a una empresa independiente o en las que empresas independientes pueden ponerse de acuerdo para repartir los costes de determinadas actividades realizadas en común para su beneficio mutuo. En

* (*N. de la T.*: En México: "principio de precios de mercado", y en Argentina: "principio del precio normal de mercado abierto".)

tales circunstancias puede ser apropiado tratar los costes incurridos por la empresa como si se tratara de gastos del establecimiento permanente. La dificultad consiste en distinguir entre tales circunstancias y los casos en que los costes incurridos por la empresa no deben considerarse como gastos del establecimiento permanente sino que las transferencias de bienes o servicios entre la sede central y el establecimiento permanente deben computarse con arreglo al principio de empresa separada e independiente a precios que incluyan un elemento de utilidad. Se trata de determinar si la transferencia interna de bienes o servicios, sea temporal o definitiva, pertenece al tipo de operaciones que la empresa, en el curso normal de su actividad, cargaría a terceros al precio normal de mercado, incluyendo en el precio de venta la utilidad apropiada.

32. Por un lado, la respuesta a dicha cuestión será afirmativa si el gasto se origina en la realización de una función que tenga por objeto directo la venta de bienes o servicios determinados y la realización de utilidades a través del establecimiento permanente. Por el contrario, la respuesta será negativa si, considerando los hechos y circunstancias de cada caso concreto, el gasto se origina en la ejecución de una función que tenga por objeto racionalizar los costes generales de la empresa o aumentar sus ventas de forma general.[4]

33. Cuando los bienes se entreguen para su venta posterior, ya sea en su estado final o como materias primas o productos semiacabados, será adecuado normalmente aplicar las disposiciones del apartado 2 y atribuir utilidades determinadas con arreglo al principio de plena competencia* a la parte de la empresa que realiza la entrega. Pero, incluso en ese caso, puede haber excepciones. Por ejemplo, si los bienes no se entregan para ser vendidos sino para utilizarlos temporalmente en la actividad empresarial, puede ser oportuno que las partes de la empresa que comparten el uso del material soporten solamente la parte correspondiente del coste del mismo, por ejemplo, si se trata de maquinaria, las cuotas de amortización que correspondan a su uso por cada una de las partes. Debe recordarse, naturalmente, que la simple compra de bienes no constituye un establecimiento permanente [letra *d)* del subapartado 4 del artículo 5] y, por consiguiente, no se plantea la cuestión de la imputación de utilidades en tales circunstancias.

34. En el caso de derechos intangibles, las reglas referentes a las relaciones entre empresas del mismo grupo (por ejemplo, el pago de regalías o los acuerdos de reparto de costes) no pueden aplicarse a las relaciones entre partes de la misma empresa. Puede ser extremadamente difícil, sin duda, atribuir la "propiedad" del derecho intangible únicamente a una parte de la empresa y pretender que esa parte percibe regalías de otras como si fuera una empresa independiente. Dado que existe una única persona jurídica, no es posible atribuir la propiedad jurídica a una parte determinada de la empresa. Además, será a menudo difícil, en la práctica, atribuir los costes de desarrollo del intangible exclusivamente a una parte de la empresa. Por consiguiente, puede ser preferible que

[4] Las transferencias internas de activos financieros, relevantes principalmente para los bancos y otras instituciones financieras, plantean cuestiones particulares que se han tratado en las Partes II y III del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*.

* (*N. de la T.*: En México: "principio de precios de mercado", y en Argentina: "principio del precio normal de mercado abierto".)

los costes de desarrollo de los derechos intangibles se consideren imputables a todas las partes de la empresa que hayan de utilizarlos y se repartan, consecuentemente, entre las diversas partes de la empresa a las que afectan. En tales circunstancias puede ser adecuado distribuir los costes efectivos de desarrollo o de adquisición de los derechos intangibles entre las diversas partes de la empresa, así como los costes incurridos *a posteriori* en relación con dichos derechos, sin incorporar ningún margen de utilidad o regalía. Al actuar de esa forma, las autoridades fiscales deben ser conscientes de que las posibles consecuencias adversas producidas por cualquier actividad de investigación y desarrollo (por ejemplo, la responsabilidad relativa a los productos y daños al medio ambiente) también deberán distribuirse entre las diversas partes de la empresa y podrán dar lugar, por tanto, a las oportunas cargas compensatorias.

35. En el área de los servicios pueden surgir dificultades para determinar si, en ciertos casos, los servicios deben repartirse entre las distintas partes de una única empresa por el importe de su coste efectivo o por ese coste incrementado en un margen representativo de la utilidad correspondiente a la parte de la empresa que presta el servicio. La actividad de la empresa, o parte de ella, puede consistir en la prestación de tales servicios y puede existir un precio estándar. En tal caso, será normalmente adecuado cargar el servicio por el mismo importe por el que se facturaría a un cliente externo.

36. Si la actividad principal del establecimiento permanente consiste en la prestación de determinados servicios a la empresa a la que pertenece, y estos suponen una ventaja real para la empresa y unos costes significativos dentro de sus gastos, el país receptor podrá exigir que se añada un margen de utilidad a dichos costes. En la medida de lo posible, el país receptor deberá evitar soluciones simplistas y considerar el valor de tales servicios en las circunstancias particulares de cada caso.

37. Con mayor frecuencia, sin embargo, la prestación de los servicios forma simplemente parte de la actividad general administrativa del conjunto de la empresa como, por ejemplo, el mantenimiento por la empresa de un sistema común de formación para los empleados de cualquier parte de la misma. En tal caso será normalmente adecuado incluir el coste del servicio entre los gastos generales de administración del conjunto de la empresa que deberán repartirse, por su valor de coste, entre las diversas partes de la misma en la medida en que se hayan incurrido para los fines de cada una de ellas, sin incrementarlos en importe alguno representativo de la utilidad de otra parte de la empresa.

38. El tratamiento de los servicios prestados en el curso de la gestión global de una empresa plantea la cuestión de si debe considerarse que parte de las utilidades totales de una empresa es el resultado de una buena gestión. Supongamos una sociedad que tiene la sede central en un país, pero desarrolla la totalidad de sus actividades económicas por medio de un establecimiento permanente situado en otro país. En el caso extremo podría suceder que únicamente se celebrasen en la sede central las reuniones del directorio o consejo de administración y que las demás actividades de la sociedad, distintas de las que implican formalidades puramente jurídicas, se realizasen en el establecimiento permanente. En tal caso podría defenderse que, al menos, una parte de las utilidades del conjunto de la empresa es resultado de la gestión eficiente y de la visión de los administradores y que, por consiguiente, esa parte de las utilidades de la empresa debería impu-

tarse al país donde está situada la sede central. Si la sociedad hubiera estado dirigida por una agencia gestora, es indudable que esa agencia habría cargado honorarios por sus servicios, honorarios que podrían haber consistido en un simple porcentaje de las utilidades de la empresa. Pero, cualesquiera que sean los méritos teóricos de esta solución, se oponen a la misma importantes consideraciones prácticas. En el caso descrito es evidente que los gastos de gestión se deducirían de las utilidades del establecimiento permanente conforme a las disposiciones del apartado 3, pero, si se considera la cuestión en su conjunto, parece que no sería correcto ir más lejos y tomar en cuenta, a efectos de la deducción, un importe ficticio en concepto de "utilidades de gestión". Por consiguiente, en supuestos similares al caso extremo mencionado antes, no se tomarán en cuenta, para la determinación de las utilidades imponibles del establecimiento permanente, importes ficticios representativos de las utilidades imputables a la gestión.

39. Evidentemente, puede suceder que los países que tradicionalmente atribuyen parte de las utilidades totales de una empresa a su sede central, en concepto de utilidades de la buena gestión, deseen mantener esta práctica. Ninguna disposición del artículo se opone a que lo hagan. No obstante, de lo dicho en el párrafo 38 se deduce que el país donde está situado el establecimiento permanente no está en modo alguno obligado a deducir ningún importe supuestamente representativo de las utilidades de gestión imputables a la sede central al calcular las utilidades atribuibles a dicho establecimiento permanente.

40. Es muy posible que, si el país donde está situada la sede central de una empresa imputa a dicha sede cierto porcentaje de las utilidades de la empresa en concepto de buena gestión, mientras que el país donde está situado el establecimiento permanente no lo hace, el importe total de las utilidades sometidas a imposición en los dos países sea superior al que debiera. En tales casos el país donde se encuentra la sede central de la empresa deberá tomar la iniciativa para efectuar los ajustes necesarios con el fin de eliminar la posible doble imposición al determinar el impuesto exigible en dicho país.

41. El tratamiento del pago de intereses plantea dificultades específicas. En primer lugar, pueden encontrarse ciertos importes que las sedes centrales carguen a sus establecimientos permanentes bajo la denominación de "intereses" en relación con "préstamos" internos concedidos por esta al establecimiento permanente. Excepto en el caso de las empresas financieras tales como bancos, existe el consenso general de que estos "intereses" internos no tienen que aceptarse como tales, debido a que:

— Desde el punto de vista jurídico, la transferencia de capital contra el pago de un interés y el compromiso de reembolso del importe íntegro en la fecha de vencimiento es un acto formal incompatible con la auténtica naturaleza jurídica de un establecimiento permanente.

— Desde el punto de vista económico, las deudas y créditos internos pueden resultar inexistentes, dado que si una empresa está financiada, solo o principalmente, mediante fondos propios, no debe admitirse la deducción de unos intereses que evidentemente no ha tenido que pagar. Si bien es cierto que los cargos e ingresos simétricos no falsean la utilidad global de la empresa, no es menos cierto que los resultados parciales pueden alterarse arbitrariamente.

42. Por esa razón, la prohibición de practicar deducciones en relación con las deudas y créditos internos debe continuar aplicándose con carácter general, a reserva de la situación concreta de los bancos como se señala más adelante.

43. No obstante, el caso de la deducción de los intereses correspondientes a deudas realmente contraídas por la empresa es un caso distinto. Dichas deudas podrán estar relacionadas total o parcialmente con las actividades del establecimiento permanente. De hecho, los préstamos contraídos por una empresa servirán tanto a la sede central, como al establecimiento permanente, o a ambos. El problema que se plantea en relación con estas deudas es el de determinar la parte de los intereses que debe deducirse al calcular las utilidades imputables al establecimiento permanente.

44. El enfoque sugerido en estos Comentarios antes de 1994, consistente en el reparto a la vez directo e indirecto de las deudas efectivas, se ha demostrado que no es una solución en la práctica particularmente por las dificultades para su aplicación uniforme. Son bien conocidas, además, las dificultades prácticas que plantea el reparto indirecto de los pagos totales por intereses, o de la parte que resta después de ciertas imputaciones directas. Es igualmente bien conocido que el reparto directo de los gastos totales en concepto de intereses podría no reflejar los costes de financiación del establecimiento permanente porque el contribuyente puede controlar a dónde se afectan los préstamos y puede ser por ello necesario efectuar ajustes para reflejar la realidad económica, especialmente el hecho de que normalmente cabe esperar que una empresa independiente disponga de un cierto capital "libre".

45. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la mayoría de los países miembros ha considerado que sería preferible buscar una solución factible que tome en consideración la estructura de capital adecuada, tanto para la organización como para las funciones realizadas. Esta estructura de capital adecuada tendrá en cuenta el hecho de que para poder desarrollar sus actividades, el establecimiento permanente precisa de ciertos importes para su financiación, constituido por capital "libre" y deuda con intereses. El objetivo que se pretende consiste por tanto en la atribución al establecimiento permanente de un importe de intereses de plena competencia después de habérsele atribuido un importe de capital "libre" suficiente para soportar sus funciones, activos y riesgos. En virtud del principio de plena competencia, un establecimiento permanente debe tener capital suficiente para soportar las funciones que realiza, los activos sobre los que posee la propiedad económica y los riesgos que asume. La regulación del sector financiero fija niveles mínimos de capital regulador destinado a servir de colchón en caso de que algunos de los riesgos inherentes a la actividad se conviertan en una pérdida financiera. El capital constituye una salvaguarda similar contra la materialización de riesgos en los sectores no financieros.

46. Como se explica en el apartado D-2 (*v*) *b*) de la Parte I del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes,* existen distintos criterios aceptables para atribuir capital "libre" que pueden arrojar resultados de plena competencia. Cada uno de ellos presenta ventajas e inconvenientes, que se manifestarán en mayor o menor grado dependiendo de los hechos y circunstancias del caso concreto. Cada método adopta su punto de partida para determinar el capital "libre" atribuible al establecimiento

permanente, concediendo mayor importancia a la estructura efectiva de la empresa de la que forma parte o, por el contrario, a las estructuras de capital de empresas independientes que resulten comparables. Para la atribución del capital "libre" es esencial valorar:

— La existencia de ventajas e inconvenientes en todos los criterios, así como los casos en los que puedan manifestarse.

— Que no existe un único importe de "capital libre" de plena competencia, sino una multiplicidad de atribuciones posibles entre las que se puede encontrar un importe de capital "libre" susceptible de satisfacer el criterio básico antes mencionado.

47. No deja de reconocerse, sin embargo, que la existencia de diversos criterios válidos para atribuir capital "libre" al establecimiento permanente, conducentes a un resultado de plena competencia, puede plantear problemas de doble imposición. La mayor preocupación, especialmente notable en el caso de las instituciones financieras, es que si existen diferencias en la normativa interna del Estado en que está ubicado el establecimiento permanente y la del Estado de la empresa en relación con lo que consideran criterios aceptables para la atribución de un importe de plena competencia de capital libre al establecimiento permanente, el importe de las utilidades calculado por el Estado del establecimiento permanente puede ser superior al importe de las utilidades calculado por el Estado de la empresa a los efectos de eliminar la doble imposición.

48. Dada la importancia de esta cuestión, el Comité optó por una solución práctica. Los países miembros de la OCDE acordaron por tanto aceptar, a los efectos de determinar el importe de la deducción por intereses que se utilizará para calcular la exención por doble imposición, la atribución de capital resultante de la aplicación del criterio utilizado por el Estado en que esté ubicado el establecimiento permanente cuando se satisfagan las dos condiciones siguientes: primero, que la diferencia en la atribución de capital entre ese Estado y el Estado de la empresa resulte de las diferencias en la elección de los métodos de atribución de capital debido a diferencias en la legislación y, segundo, que se esté de acuerdo en que el Estado en que está ubicado el establecimiento permanente ha utilizado un criterio autorizado para la atribución de capital y en que ese criterio, aplicado a ese caso concreto, arroja un resultado coherente con el principio de plena competencia. Los países miembros de la OCDE consideran que pueden llegar a ese resultado bien en virtud de sus legislaciones internas, a través de la interpretación de los artículos 7 y 23, o bien en virtud de procedimientos amistosos al amparo del artículo 25 y, en concreto, a través de la posibilidad recogida en ese artículo en relación con la resolución de los problemas relacionados con la aplicación o la interpretación de sus convenios.

49. Como ya se ha mencionado anteriormente, en el caso de los intereses internos relacionados con "préstamos" entre distintas partes de una entidad financiera (por ejemplo, un banco) se aplican ciertas consideraciones específicas, debido al hecho de que aportar y recibir "préstamos" es una actividad estrechamente relacionada con su actividad habitual. Este problema, junto con otros relacionados con la aplicación del artículo 7 a los establecimientos permanentes de bancos y empresas que realizan operaciones en el mercado mundial, son objeto de análisis en las Partes II y III del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*.

50. La determinación de los activos de inversión imputables a un establecimiento permanente a través del que se realizan actividades de seguros plantea también problemas específicos, que se analizan en la Parte IV del Informe.

51. Generalmente existen, o pueden elaborarse, contabilidades apropiadas para cada parte o sección de la empresa, de forma que las utilidades y los gastos, ajustados cuando sea necesario, pueden atribuirse a una parte determinada de la misma con un alto grado de precisión. Como regla general, se considera que debe preferirse este método de imputación siempre que sea posible aplicarlo razonablemente. Sin embargo, pueden darse circunstancias en las que no sea así; los apartados 2 y 3 no implican en forma alguna que no puedan adoptarse válidamente otros métodos, cuando sea oportuno, para determinar las utilidades de un establecimiento permanente conforme al criterio de "empresa separada". Por ejemplo, es posible que para determinar las utilidades de una empresa de seguros pueda ser conveniente emplear métodos de cálculo especiales, tales como la aplicación de coeficientes adecuados a las primas brutas percibidas de los titulares de pólizas en el país considerado. Igualmente, en el caso de una empresa relativamente pequeña que realice actividades a ambos lados de la frontera entre dos países, puede ser que no exista una contabilidad separada para el establecimiento permanente, ni medios para elaborarla. Pueden también darse casos en que las actividades del establecimiento permanente estén tan estrechamente ligadas a las de la sede central que sea imposible disociarlas basándose estrictamente en la contabilidad de sucursales. En tales casos, cuando haya sido usual estimar la utilidad de plena competencia*, imputable al establecimiento permanente por medio de criterios adecuados, puede resultar razonable que tales métodos continúen aplicándose aunque el resultado al que se llegue pueda no alcanzar el grado de precisión que tendría la determinación del beneficio sobre la base de una contabilidad adecuada. Incluso en el caso de que tales procedimientos no fueran usuales puede ser necesario, excepcionalmente, acudir a una estimación de las utilidades de plena competencia*, basada en otros métodos, por razones prácticas.

Apartado 4

52. En algunos casos se ha seguido la práctica de calcular las utilidades imputables a un establecimiento permanente, no sobre la base de la contabilidad separada o la estimación de las utilidades conforme al principio de plena competencia, sino efectuando simplemente un reparto de las utilidades totales de la empresa de acuerdo con diversas fórmulas. Este método difiere de los contemplados en el apartado 2, ya que no se trata de una atribución de utilidades según el principio de empresa independiente, sino de un reparto de las utilidades totales y, de hecho, puede conducir a un resultado diferente del que se alcanzaría mediante un cálculo basado en contabilidades separadas. El apartado 4 aclara que un Estado contratante puede continuar empleando un método de ese tipo si su utilización fuera usual en ese país, aunque los resultados difieran en cierta medida de los que se obtendrían de contabilidades separadas, siempre que pueda decirse con justicia que el resultado obte-

* (*N. de la T.*: En México: "principio de precios de mercado", y en Argentina: "principio del precio normal de mercado abierto".)

nido es conforme a los principios contenidos en el artículo. Es necesario subrayar, sin embargo, que con carácter general las utilidades imputables a un establecimiento permanente deben determinarse a partir de la contabilidad de dicho establecimiento permanente si esta refleja los hechos reales. Se considera que un método de imputación basado en el reparto de las utilidades totales es normalmente menos adecuado que otro que atienda solo a las actividades del establecimiento permanente, y que debe utilizarse únicamente a título excepcional cuando tradicionalmente se haya utilizado de forma usual en el pasado y tanto las autoridades fiscales como los contribuyentes lo consideren generalmente satisfactorio. Se entiende que el apartado 4 puede suprimirse cuando ninguno de los Estados utilice tal método. Sin embargo, cuando los Estados contratantes deseen reservarse la posibilidad de utilizar un método que no haya sido usual en el pasado, deberán modificar dicho apartado en las negociaciones bilaterales para expresar esa posibilidad.

53. No parece apropiado analizar detenidamente, en el marco de estos Comentarios, los numerosos y variados métodos que implican un reparto de las utilidades totales y que se utilizan para la atribución de utilidades en ámbitos determinados. Estos métodos se exponen detalladamente en tratados de imposición internacional. Sin embargo, parece pertinente resumir brevemente algunos de los tipos principales y enunciar algunas reglas muy generales para su utilización.

54. La característica esencial de los métodos que implican un reparto de las utilidades totales es la imputación de una parte proporcional de las utilidades del conjunto de la empresa a una parte de la misma por estimar que todas las partes de la empresa han contribuido, según el criterio o criterios adoptados, a la rentabilidad del conjunto. Lo que, por lo general, distingue estos métodos entre sí son los diversos criterios utilizados para determinar cuál es la proporción correcta de las utilidades totales. Los criterios adoptados generalmente pueden agruparse en tres grandes categorías, según se basen en los ingresos de la empresa, en sus gastos o en su estructura de capital. El primer grupo comprende los métodos de reparto basados en el volumen de negocios o en las comisiones; el segundo, los que se basan en los salarios; y el tercero, los que se fundan en el capital circulante de la empresa atribuido a cada sucursal o parte de aquella. Evidentemente, no es posible afirmar in abstracto que uno de estos métodos es intrínsecamente más preciso que los demás. Determinado método será más o menos adecuado según los supuestos a que se aplique. En ciertas empresas, especialmente las de servicios o las dedicadas a la fabricación de artículos exclusivos con alto margen de utilidades, la utilidad neta dependerá en gran medida del volumen de ventas. En el caso de empresas de seguros puede ser adecuado basar el reparto de las utilidades totales en las primas pagadas por los titulares de las pólizas en cada uno de los países. Tratándose de una empresa fabricante de productos con elevada participación en costes de materias primas o de mano de obra, las utilidades dependerán más estrechamente de los gastos. En el caso de bancos e instituciones financieras la participación en el capital circulante total puede ser el criterio más relevante. En general, los métodos de reparto de las utilidades totales persiguen la determinación de cifras de utilidades imponibles que se aproximen lo más posible a las que se obtendrían con contabilidades separadas; no sería oportuno a este respecto formular ninguna otra directriz particular aparte de la indicación de que corresponde a la autoridad fiscal, consultando a las autoridades de los demás países afectados, adoptar el

método que parezca más adecuado para alcanzar ese resultado a la vista de las circunstancias de cada caso.

55. La utilización de métodos que imputan a una parte de la empresa una proporción de la utilidad total del conjunto de la misma plantea, evidentemente, la cuestión del método que debe utilizarse para calcular la utilidad total de la empresa. Esta cuestión bien puede ser objeto de tratamientos distintos en virtud de la normativa interna de cada país, por lo que no parece posible una solución basada en el establecimiento de reglas rígidas. No cabe esperar que se admita que las utilidades objeto de reparto hayan de ser aquellas que resulten conforme a la legislación de un país determinado; deberá admitirse que cada país calcule las utilidades de acuerdo con las disposiciones de su propia legislación.

Apartado 5

56. El apartado 4 del artículo 5 relaciona ejemplos de actividades que no se consideran comprendidas en la expresión "establecimiento permanente" aun cuando se realicen en un lugar fijo de negocios. El más importante de estos ejemplos en relación con las reglas de imputación de utilidades a un establecimiento permanente es el que menciona el apartado 5 del presente artículo, es decir, la oficina de compras.

57. Debe entenderse que el apartado 5 no se refiere a las organizaciones establecidas únicamente para la realización de compras; tales organizaciones no constituyen un establecimiento permanente y, por consiguiente, no les son aplicables las disposiciones sobre imputación de utilidades del presente artículo. El apartado se refiere a los tipos de establecimiento permanente que, además de realizar otras actividades empresariales, efectúan compras para su sede central. El apartado establece que, en tal supuesto, las utilidades del establecimiento permanente no deben incrementarse en un importe estimado de las utilidades de la actividad compradora. Consecuentemente, para la determinación de las utilidades imponibles del establecimiento permanente tampoco se tomarán en consideración los gastos derivados de dichas actividades.

Apartado 6

58. En este apartado se ha querido indicar claramente que, una vez adoptado un método de imputación, no debe cambiarse simplemente porque en un año concreto otro método produzca resultados más favorables. Uno de los fines de los convenios de doble imposición es el de proporcionar a una empresa de un Estado contratante cierto grado de certeza respecto del régimen fiscal que se aplicará a su establecimiento permanente en el otro Estado contratante, así como a la parte de la empresa situada en el Estado donde se encuentra la sede central que se relaciona con el establecimiento permanente; por esta razón, el apartado 6 asegura una cierta continuidad y uniformidad en el tratamiento fiscal.

Apartado 7

59. Aunque no se ha considerado necesario definir el término "utilidades" en el Convenio, debe entenderse que el término empleado en este y otros artículos del Convenio tiene

un sentido amplio y comprende todas las rentas procedentes de la explotación de una empresa. Esta acepción general coincide con el significado atribuido al término en la legislación tributaria de la mayor parte de los países miembros de la OCDE.

60. Tal interpretación del término "utilidades" puede producir cierta inseguridad en cuanto a la aplicación del Convenio. Si las utilidades de una empresa comprenden categorías de rentas tratadas separadamente en otros artículos del Convenio, como los dividendos, cabe preguntarse si la imposición de esas utilidades se rige por las normas del artículo especial relativo a los dividendos, etc., o por las disposiciones del presente artículo.

61. La cuestión ofrece escaso interés práctico en la medida en que la aplicación del presente artículo y de los artículos especiales conduzcan al mismo tratamiento fiscal. Además, se ha de tener en cuenta que algunos de los artículos especiales contienen disposiciones particulares dando prioridad a un determinado artículo (véanse el apartado 4 del artículo 6, los apartados 4 de los artículos 10 y 11, el apartado 3 del artículo 12 y el apartado 2 del artículo 21).

62. Ha parecido deseable, sin embargo, formular una regla de interpretación a fin de precisar el campo de aplicación del presente artículo en relación con otros que se refieren a una categoría particular de rentas. Conforme a la práctica generalmente seguida en los convenios bilaterales existentes, el apartado 7 da preferencia, en primer lugar, a los artículos sobre dividendos, intereses, etc. En consecuencia, el presente artículo será aplicable a las utilidades empresariales no comprendidas en los elementos de renta amparados por los artículos específicos y, además, a los dividendos, intereses, etc. que, en virtud de los apartados 4 de los artículos 10 y 11, del apartado 3 del artículo 12 y del apartado 2 del artículo 21, se sometan a las disposiciones del presente artículo (véanse los párrafos 12 a 18 de los Comentarios al artículo 12 sobre los principios determinantes de la consideración de los pagos relativos a aplicaciones informáticas –*computer software*– como utilidades empresariales sometidos al artículo 7 o como ganancias de capital comprendidas en el ámbito del artículo 13, por una parte, o como regalías sometidas al artículo 12, por otra). Ha de entenderse que los elementos de renta regulados en artículos específicos pueden someterse a imposición separadamente o como utilidades empresariales de acuerdo con la legislación tributaria de los Estados contratantes, sin perjuicio de las disposiciones del Convenio.

63. Los Estados contratantes son libres de adoptar bilateralmente explicaciones o definiciones particulares del término "utilidades" con el fin de precisar mejor la diferencia entre ese término y, por ejemplo, el concepto de dividendos. En especial, esto puede ser adecuado si, en un convenio en negociación, se introducen desviaciones respecto de las definiciones contenidas en los artículos específicos sobre dividendos, intereses y regalías. Puede igualmente considerarse deseable si los Estados contratantes quieren subrayar que, de acuerdo con la legislación tributaria interna de uno o de ambos Estados, el término "utilidades" comprende categorías especiales de ingresos, como las rentas derivadas de la enajenación o del arrendamiento de una empresa o de propiedad mobiliaria utilizada por una empresa. A este respecto, podría considerarse la conveniencia de incluir, además, reglas adicionales para la imputación de utilidades especiales.

64. Además, se señala que, mientras la definición de "regalías" contenida en el apartado 2 del artículo 12 del Proyecto de Convenio de 1963 y del Modelo de Convenio de 1977 comprendía los pagos "por el uso, o el derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos", la referencia a dichos pagos se ha suprimido posteriormente con el objeto de que las rentas del arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos, incluidas las rentas del arrendamiento de contenedores, se sometan a las disposiciones del artículo 7 y no a las del artículo 12, lo que es adecuado por la naturaleza de las rentas según el Comité de Asuntos Fiscales.

Observaciones a los Comentarios

65. *Italia* y *Portugal* juzgan esencial tomar en consideración que –con independencia del significado dado a la cuarta frase del párrafo 2.1– en lo que se refiere al método de cálculo de los impuestos, los sistemas nacionales no están afectados por la eliminación del artículo 14.

66. *Bélgica* no puede compartir los puntos de vista expresados en el párrafo 13 de los Comentarios. Bélgica considera que la aplicación de la legislación sobre transparencia fiscal internacional –*CFC*– es contraria a las disposiciones del apartado 1 del artículo 7. Este es el caso, en particular, de un Estado contratante que grava a uno de sus residentes por la renta de una entidad extranjera, usando la ficción de atribuir a dicho residente la renta generada por esa entidad, en proporción a su participación en el capital de esta. Al hacerlo así, ese Estado aumenta la base imponible de su residente incluyendo en ella renta no obtenida por dicho residente sino por una entidad extranjera que no es imponible en ese Estado conforme al apartado 1 del artículo 7. El citado Estado contratante no considera pues la personalidad legal de la entidad extranjera y actúa contrariamente al apartado 1 del artículo 7.

67. *Luxemburgo* no comparte la interpretación dada en el párrafo 13 que afirma que el apartado 1 del artículo 7 no restringe el derecho de un Estado a gravar a sus propios residentes aplicando su legislación nacional sobre transparencia fiscal internacional –*CFC*–, pues esta interpretación cuestiona el principio fundamental contenido en el apartado 1 del artículo 7.

68. En relación con el párrafo 13, *Irlanda* recuerda su observación general contenida en el párrafo 27.5 de los Comentarios al artículo 1.

69. En relación con el párrafo 45, *Grecia* hace observar que la legislación interna griega no contiene normas o métodos para la atribución de capital "libre" a los establecimientos permanentes. En relación con los préstamos contraídos por una empresa, relacionados total o parcialmente con las actividades del establecimiento permanente, Grecia permite la deducción de la parte de los intereses que corresponda al importe del préstamo contraído por la sede central y que haya remitido efectivamente al establecimiento permanente.

70. *Portugal* desea reservarse su derecho a no adherirse a la posición expresada en el párrafo 45 de los Comentarios al artículo 7, excepto cuando su normativa interna recoja cláusulas específicas que prevean ciertos niveles de capital "libre" para los establecimientos permanentes.

71. En relación con el párrafo 46, *Suecia* desea aclarar que no considera que los distintos criterios para la atribución de capital "libre", a los que se refiere el párrafo como "aceptables", conduzcan necesariamente a un resultado conforme con el principio de plena competencia. Por tanto, al analizar los hechos y circunstancias de cada caso para poder determinar si el importe de la deducción por intereses resultante de la aplicación de estos criterios satisface el principio de plena competencia, Suecia considerará en muchos casos que el criterio aplicado por el otro Estado no se ajusta al principio de plena competencia. Por consiguiente, en opinión de Suecia, se producirán frecuentes casos de doble imposición que requerirán un procedimiento amistoso para su resolución.

72. *Portugal* desea reservarse su derecho a no seguir el criterio de "simétrico" descrito en el párrafo 48 de los Comentarios al artículo 7, en tanto que la legislación interna portuguesa no contemple normas o métodos para la atribución de capital "libre" a los establecimientos permanentes. A fin de eliminar la doble imposición conforme al artículo 23, Portugal, como país de origen, determina el importe de los beneficios imputables a los establecimientos permanentes de conformidad con su legislación interna.

73. *Alemania, Estados Unidos* y *Japón,* aun estando de acuerdo con la solución práctica descrita en el párrafo 48, desean aclarar cómo se aplicaría el acuerdo. Ni Alemania, ni Estados Unidos, ni Japón pueden aceptar automáticamente, a todos los efectos, los cálculos efectuados por el Estado en que esté ubicado el establecimiento permanente. En los casos en que intervengan Alemania o Japón, la segunda condición descrita en el párrafo 48 debe satisfacerse, en aplicación del artículo 25, mediante un procedimiento amistoso. En el caso de Estados Unidos y Japón, un contribuyente que pretenda obtener un aumento en la limitación del crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero deberá solicitarlo a través de un procedimiento amistoso, en el que deberá demostrar a la autoridad competente estadounidense o japonesa, según corresponda, que la doble imposición de las utilidades del establecimiento permanente, resultante de la divergencia entre las legislaciones internas respecto del método seguido para la atribución de capital, subsiste tras la aplicación de los mecanismos previstos en sus respectivas legislaciones internas, tales como la utilización de la limitación de los créditos fiscales por impuestos extranjeros generados por otras operaciones.

74. En relación con los párrafos 6 y 7, *Nueva Zelanda* observa que no está de acuerdo con el criterio planteado para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes en general, como se refleja en la Parte I del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*.

Reservas al artículo

75. *Australia, Chile*[5] y *Nueva Zelanda* se reservan el derecho a introducir una disposición que les permita aplicar su derecho interno a la tributación de las rentas de cualquier clase de seguro.

[5] Chile se sumó a esta reserva cuando se unió a la OCDE en 2010.

76. *Australia* y *Nueva Zelanda* se reservan el derecho a incluir una disposición aclarando su derecho a someter a gravamen la parte de las utilidades empresariales a la que tenga derecho un residente del otro Estado contratante como beneficiario efectivo, cuando esas utilidades los obtiene el fiduciario –*trustee*– de un patrimonio fiduciario –*trust estate*– (distinto de ciertos fondos de inversión abiertos –*unit trusts*– tratados como sociedades a los efectos de la imposición australiana y neozelandesa) de la realización de una actividad empresarial de un establecimiento permanente en Australia o en Nueva Zelanda.

77. *Corea* y *Portugal* se reservan el derecho a gravar a las personas que ejerzan una profesión liberal o cualquier otra actividad de carácter independiente cuando su estancia o estancias en su territorio tenga(n) en su conjunto una duración superior a 183 días en un período de doce meses, incluso si dichas personas no poseen un establecimiento permanente (o una base fija) para el ejercicio de sus actividades.

78. *Chile*[6], *Italia* y *Portugal* se reservan el derecho a gravar a las personas que ejerzan una profesión liberal en virtud de las disposiciones de un artículo distinto que se corresponde con las del artículo 14 tal como estaba redactado antes de ser suprimido en 2000.

79. *Estados Unidos* se reserva el derecho a modificar el artículo 7 con el fin de permitir, en aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo, que el Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente pueda gravar toda renta o ganancia imputable a este establecimiento durante su existencia, incluso si los pagos se difieren hasta después de su cierre. Estados Unidos también desea indicar que se reserva el derecho a aplicar esta misma regla a los artículos 11, 12, 13 y 21.

80. *Turquía* se reserva el derecho a gravar en la fuente las rentas obtenidas por el arrendamiento de contenedores, en todos los casos. Cuando sean aplicables los artículos 5 y 7 a tales rentas, Turquía desea aplicar la regla del establecimiento permanente en los casos de simple depósito, de agencia de depósito y de sucursales operativas.

81. *Estados Unidos* y *Noruega* se reservan el derecho a tratar las rentas derivadas del uso, mantenimiento o arrendamiento de contenedores utilizados en el tráfico internacional conforme al artículo 8, de la misma forma que las rentas obtenidas en el transporte marítimo y aéreo.

82. *Australia* y *Portugal* se reservan el derecho a proponer en las negociaciones bilaterales una disposición que permita a las autoridades competentes de un Estado contratante, cuando la información de que dispongan sea inadecuada para determinar las utilidades imputables al establecimiento permanente de una empresa, aplicar a dicha empresa las disposiciones de la legislación tributaria de ese Estado, puntualizando que dicha ley se aplicará con arreglo a los principios de este artículo, en la medida que la información de que dispongan lo permita.

83. *México* se reserva el derecho a someter a imposición, en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente, las utilidades comerciales e industriales de las ventas

[6] Chile se sumó a esta reserva cuando se unió a la OCDE en 2010.

de bienes y mercancías, realizadas directamente por la sede central situada en el otro Estado contratante, siempre que los bienes y mercancías sean idénticos o similares a los vendidos por medio de dicho establecimiento permanente. El Gobierno de México aplicará esta regla únicamente para evitar abusos y no como principio general y absoluto; así, la regla no será aplicable si la empresa demuestra que las ventas se han realizado por razones distintas de la obtención de las utilidades del Convenio.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 8
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS BENEFICIOS PROCEDENTES DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO Y AÉREO

Apartado 1

1. El objeto del apartado 1, relativo a los beneficios de la explotación en el tráfico internacional de buques o aeronaves, es asegurar que dichos beneficios se sometan a imposición en un solo Estado. La disposición se basa en el principio de que la potestad tributaria debe estar reservada al Estado contratante de la empresa. El término "tráfico internacional" se define en el subapartado *e)* del apartado 1 del artículo 3.

2. Hasta 2017, el apartado 1 preveía la reserva de las potestades tributarias al Estado contratante en que estuviera situada la sede de dirección efectiva de la empresa. Un examen de las prácticas seguidas por los países miembros y no miembros de la OCDE reveló, sin embargo, que la mayoría de ellos preferían atribuir la potestad tributaria al Estado de la empresa, y el artículo se modificó en consecuencia. No obstante, algunos Estados prefieren continuar utilizando la redacción anterior y atribuir la potestad tributaria, de manera exclusiva, al Estado en que se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa. Dichos Estados pueden sustituir las disposiciones previstas por una norma redactada como sigue:

> Los beneficios procedentes de la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional serán gravables exclusivamente en el Estado en que se encuentre la sede de dirección efectiva de la empresa.

3. Los Estados que deseen utilizar la redacción alternativa contenida en el párrafo 2 anterior pueden igualmente querer tratar los casos en los que la sede de dirección efectiva de la empresa esté a bordo de un buque, lo que puede hacerse añadiendo la siguiente disposición:

> Cuando la sede de dirección efectiva de una empresa de transporte marítimo esté a bordo de un buque, esta se considerará situada en el Estado contratante donde esté el puerto base del buque o, si no existiera tal puerto base, en el Estado contratante del que sea residente la persona que explota el buque.

4. Los beneficios objeto de este artículo son, en primer lugar, los beneficios que la empresa obtenga directamente del transporte de pasajeros o mercancías por buques o aeronaves (en propiedad, arrendados o a disposición de la empresa de otro modo) que esta explota en el tráfico internacional. Ahora bien, dado que el transporte internacional ha ido evolucionando, las empresas de transporte marítimo y aéreo ejercen invariablemente una gran variedad de actividades que posibilitan, facilitan o sostienen sus operaciones de transporte internacional. El apartado comprende igualmente los beneficios procedentes de actividades directamente relacionadas con esas operaciones de transporte internacional, así como los beneficios procedentes de actividades que no están directamente relacionadas con la explotación de los buques o aeronaves de la empresa en el tráfico internacional, siempre que sean complementarias respecto a esa explotación.

4.1. Toda actividad relacionada principalmente con el transporte, por la empresa, de pasajeros o de mercancías por medio de buques o aeronaves que explota en el tráfico internacional debe considerarse como directamente relacionada con este transporte.

4.2. Las actividades que la empresa no tiene necesidad de ejercer a los efectos de su propia explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional pero que suponen una contribución menor en relación con esa explotación y que están tan estrechamente vinculadas a ella que no deben considerarse como una actividad económica o una fuente de renta distintas, deben considerarse como complementarias respecto a la explotación de buques o de aeronaves en el tráfico internacional.

4.3. A la vista de estos principios, los párrafos siguientes examinan hasta qué punto el apartado 1 es aplicable a algunos tipos de actividades que podría ejercer una empresa dedicada a la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional.

5. Los beneficios obtenidos por el arrendamiento de un buque o aeronave fletado completamente armado, tripulado y equipado deben tratarse de la misma manera que los beneficios del transporte de pasajeros o mercancías. De no ser así, una gran parte del sector de transporte marítimo y aéreo caería fuera del campo de aplicación de la disposición. Sin embargo, es el artículo 7 y no el artículo 8 el aplicable a los beneficios del arrendamiento de buques o aeronaves fletados a casco desnudo, salvo cuando se trate de una actividad complementaria de una empresa dedicada a la explotación internacional de buques o aeronaves.

6. Los beneficios obtenidos por una empresa procedentes del transporte de pasajeros o de mercancías por un medio distinto de los buques o aeronaves que dicha empresa explota en el tráfico internacional están comprendidos en el apartado en la medida en que dicho transporte esté directamente relacionado con la explotación, por la empresa, de buques o aeronaves en el tráfico internacional o que sea una actividad complementaria. Un ejemplo podría ser el de una empresa dedicada al transporte internacional, que transporta algunos de sus pasajeros o mercancías por medio de buques o aeronaves explotados por otras empresas, por ejemplo, mediante acuerdos de código compartido o de espacio (*slot*) compartido, o para aprovechar una salida anterior. Otro ejemplo sería el de una compañía aérea que explotara un servicio de autobús para conectar una ciudad a su aeropuerto, principalmente con el fin de permitir el acceso desde y hacia ese aeropuerto a los pasajeros de sus vuelos internacionales.

7. Un ejemplo más sería el de una empresa que transporta pasajeros o mercancías mediante buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional y que concierta la recogida de esos pasajeros o de esa mercancía en el país de origen del transporte o el traslado o la entrega en el país de destino por cualquier medio de transporte interior explotado por otras empresas. En tal caso, los beneficios obtenidos por la empresa mencionada en primer lugar a consecuencia de esos acuerdos de transporte por terceras empresas quedarían comprendidos en el apartado incluso si los beneficios obtenidos por las empresas que prestan ese servicio de transporte interior no lo estuvieran.

8. Es frecuente que una empresa venda billetes por cuenta de otras empresas de transporte en una ubicación que mantenga con el fin principal de vender billetes para el transporte en buques o aeronaves que ella explota en el tráfico internacional. Tales ventas de billetes por cuenta de otras empresas estarán directamente relacionadas con viajes a bordo de buques o aeronaves que la empresa explota (por ejemplo, la venta de un billete emitido por otra empresa para el tramo nacional de un vuelo internacional ofrecido por la empresa) o bien serán complementarias respecto a sus propias ventas. Por tanto, los beneficios obtenidos por la primera empresa por la venta de esos billetes están cubiertos por este apartado.

8.1. La publicidad que la empresa pueda hacer para otras empresas en las revistas disponibles a bordo de los buques o aeronaves que explota, o en sus locales de negocio (por ejemplo, las oficinas de venta de billetes) es complementaria respecto a su actividad de explotación de esos buques o aeronaves y los beneficios generados por esa publicidad caen dentro del apartado.

9. Los contenedores se utilizan ampliamente en el transporte internacional. Frecuentemente, esos contenedores se utilizan también en el transporte interior. Los beneficios del arrendamiento de contenedores obtenidos por una empresa dedicada al transporte internacional están, por lo general, directamente relacionados o bien son complementarios respecto de su explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional y en tales casos quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado. Se puede llegar a la misma conclusión con relación a los beneficios obtenidos por la empresa del almacenamiento a corto plazo de tales contenedores (por ejemplo, cuando la empresa cobra al cliente por tener depositado en un almacén un contenedor cargado a la espera de su expedición) o por demoras por la utilización de los contenedores más allá de los días pactados.

10. Una empresa que tenga activos o personal en un país extranjero para explotar sus buques o aeronaves en el tráfico internacional puede obtener rentas por suministrar bienes o servicios en ese país a otras empresas de transporte. Aquí se incluiría (por ejemplo) la prestación de bienes y servicios efectuada por ingenieros, personal de tierra y de mantenimiento de equipos, manipuladores de carga, así como por el personal encargado de servicios de hostelería y de atención al cliente. Cuando la empresa entrega dichos bienes o servicios a terceras empresas y estas actividades están directamente relacionadas con la explotación de los buques o aeronaves en el tráfico internacional, o son complementarias respecto de dicha explotación, los beneficios resultantes de la entrega de dichos bienes o servicios a otras empresas quedan comprendidos en el apartado.

10.1. Por ejemplo, unas empresas dedicadas al transporte internacional pueden concluir acuerdos de explotación en común con el fin de reducir los costes de mantenimiento de las instalaciones necesarias para la explotación de sus buques o aeronaves en otros países. Así, cuando una compañía aérea se compromete, en el marco de la IATP* a suministrar piezas de repuesto o servicios de mantenimiento a otras aerolíneas que aterrizan en un lugar determinado (lo que le permite a su vez beneficiarse de esos servicios en otros lugares), las actividades realizadas a consecuencia de ese acuerdo serán complementarias respecto a la explotación de aeronaves en el tráfico internacional.

11. [Suprimido.]

12. El apartado no es de aplicación a un astillero explotado en un país por una empresa naviera que tenga su sede de dirección efectiva en otro país.

13. [Renumerado.]

14. Las rentas de inversión de las empresas de transporte marítimo o aéreo (por ejemplo: rentas de valores, obligaciones, acciones o préstamos) se someten al régimen normalmente aplicable a esta clase de renta excepto cuando la inversión generadora de la renta es, en ese Estado contratante, parte integral de la actividad de explotación en el tráfico internacional de

* (*N. de la T.*: la *International Airlines Technical Pool*, es la organización de líneas aéreas que negocia los intercambios de recursos entre las compañías para mejorar los costes y la eficiencia operativa.)

los buques o aeronaves, de modo que la inversión puede ser considerada como directamente relacionada con tal explotación. Así, el apartado sería aplicable a los intereses generados, por ejemplo, por el efectivo requerido en un Estado contratante para realizar la actividad empresarial o por las obligaciones consignadas como garantía cuando esta se exige por ley para llevar a cabo dicha actividad: en tales casos la inversión es necesaria para permitir la explotación de los buques o aeronaves en tal ubicación. Sin embargo, el apartado no sería aplicable a la renta de intereses obtenida en la gestión del flujo de caja o de otras operaciones de tesorería realizadas para un establecimiento permanente de la empresa al que no sea atribuible dicha renta, o para empresas asociadas, independientemente de que estén situadas dentro o fuera del Estado contratante, o realizadas para la sede central (centralización de las actividades de tesorería e inversión); ni tampoco a los intereses generados por las inversiones a corto plazo de los beneficios obtenidos por la actividad empresarial en el ámbito local cuando no se requieran los fondos invertidos para dicha actividad.

14.1. Las empresas dedicadas a la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional pueden estar obligadas a adquirir y utilizar créditos y derechos de emisión a esos efectos (la naturaleza de esos derechos y créditos se explica en el párrafo 75.1 de los Comentarios al artículo 7). El apartado 1 se aplica a las rentas que esas empresas obtienen en relación con dichos derechos y créditos cuando las rentas son parte integral de la actividad de explotación de los buques o aeronaves en el tráfico internacional, por ejemplo, cuando los derechos se adquieren a los fines de la explotación de buques o aeronaves o cuando los derechos adquiridos a esos efectos se comercializan después, una vez verificado que no serán necesarios.

Explotación de embarcaciones en el transporte por vías navegables interiores

15. Los Estados que deseen aplicar al trasporte por ríos, canales y lagos el mismo tratamiento que al transporte marítimo y aéreo en el tráfico internacional pueden hacerlo incluyendo la siguiente disposición en sus convenios bilaterales:

> Los beneficios de una empresa de un Estado contratante procedentes de la explotación de embarcaciones en el transporte por vías navegables interiores serán gravables exclusivamente en ese Estado.

16. La disposición anterior será de aplicación no solamente al transporte por vías navegables interiores entre dos o más países (en cuyo caso se solaparían con el apartado 1), sino también al transporte por vías navegables interiores efectuado por una empresa de un Estado entre dos puntos situados en otro Estado. La formulación alternativa que figura en el párrafo 2 más arriba, conforme a la que la potestad tributaria corresponde al Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa, se aplica también a la disposición anterior. En caso de utilizar esta disposición alternativa, lo adecuado será añadir una referencia a las “embarcaciones explotadas en el transporte por vías navegables interiores” en el apartado 3 de los artículos 13 y 22 para así garantizar el mismo tratamiento a dichas embarcaciones que el otorgado a los buques y aeronaves explotados en el tráfico internacional (véase también el apartado 9.3 de los Comentarios al artículo 15). También serán aplicables los principios y ejemplos recogidos en los apartados 4 y 14 precedentes, con las adaptaciones que resulten oportunas, a efectos de determinar qué beneficios pueden considerarse procedentes de la explotación de embarcaciones afectas al transporte por vías navegables interiores. Los problemas tributarios concretos que puedan surgir en relación con el transporte por vías

navegables interiores, particularmente entre países limítrofes, podrán también resolverse específicamente mediante acuerdos bilaterales.

17. Si bien la disposición alternativa anterior recurre al término "embarcación" al referirse al transporte por vías navegables interiores, este uso responde a una distinción tradicional que no debe interpretarse en modo alguno como restrictiva del término "buque" utilizado a lo largo del Convenio, cuya vocación es la de tener un amplio significado que abarque toda nave utilizada para la navegación marítima.

18. También podría acordarse bilateralmente que los beneficios derivados de la explotación de naves dedicadas a la pesca, el dragado o el arrastre en alta mar tengan el tratamiento de renta comprendida en este artículo.

Empresas que no se dedican exclusivamente al transporte marítimo o aéreo

19. De la redacción del apartado 1 se desprende que las empresas que no se dedican exclusivamente al transporte marítimo o aéreo están no obstante comprendidas en el ámbito de las disposiciones de dicho apartado en lo que respecta a los beneficios obtenidos en la explotación de sus buques, o aeronaves.

20. Si una tal empresa tiene, en un país extranjero, establecimientos permanentes dedicados exclusivamente a la explotación de sus buques o aeronaves, no hay razón para tratar dichos establecimientos permanentes de forma diferente a los de las empresas dedicadas exclusivamente a la navegación marítima o aérea.

21. Tampoco surge dificultad alguna al aplicar las disposiciones del apartado 1 si la empresa tiene en otro Estado un establecimiento permanente que no se dedique exclusivamente a la navegación marítima o aérea. Si sus buques transportan mercancías de la empresa a uno de sus establecimientos permanentes situado en un país extranjero es correcto afirmar que no procede gravar en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente parte alguna del beneficio obtenido por la empresa al realizar el transporte por sus propios medios. La misma regla debe aplicarse cuando el establecimiento permanente disponga de instalaciones para la explotación de buques o aeronaves (por ejemplo, muelles de consignación) o asuma otros costes relacionados con el transporte de los bienes de la empresa (por ejemplo, costes de personal). En tal caso, aun cuando el establecimiento permanente pueda llevar a cabo ciertas funciones relacionadas con la explotación de los buques y aeronaves en el tráfico internacional, los beneficios atribuibles a dichas funciones son gravables exclusivamente en el Estado al que pertenezca la empresa. Los gastos, o parte de los mismos, en los que se incurra por razón del desarrollo de tales funciones deben deducirse al calcular la parte del beneficio que no puede gravarse en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente y, por tanto, no minorarán la parte de los beneficios atribuible al establecimiento permanente que pueda someterse a imposición en ese Estado de conformidad con el artículo 7.

22. Cuando los buques o aeronaves se explotan en el tráfico internacional, la aplicación de la formulación alternativa del apartado 2 antes expuesta a los beneficios derivados de esa explotación no se verán afectados por el hecho de que sea un establecimiento permanente –distinto de la sede de dirección efectiva del conjunto de la empresa– el que explote los buques o aeronaves; así, aun cuando dichos beneficios pudieran atribuirse al establecimiento

permanente en aplicación del artículo 7, serán gravables únicamente en el Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa (resultado corroborado por el apartado 4 del artículo 7).

Apartado 2

23. Existen diversas formas de cooperación internacional en el campo del transporte marítimo y aéreo. En este ámbito la cooperación internacional se asegura mediante acuerdos de colaboración (o de explotación en común) u otros convenios de naturaleza similar que prevén ciertas reglas para la distribución de los ingresos (o beneficios) de la actividad conjunta.

24. Para aclarar la situación fiscal de los participantes en un consorcio o explotación en común, en una empresa conjunta o en una agencia de explotación internacional y solventar eventuales dificultades, los Estados contratantes pueden, si lo consideran necesario, añadir bilateralmente lo siguiente:

> ... pero únicamente a la parte de los beneficios así obtenidos atribuible a cada partícipe en proporción a su participación en la explotación conjunta.

25. [Modificado y renumerado.]

Observaciones a los Comentarios

26. [Modificado y renumerado.]

27. [Suprimido.]

28. *Grecia* y *Portugal* formulan una reserva con relación a la aplicación de este artículo a las rentas derivadas de actividades complementarias (véanse los párrafos 4 a 10.1, 14 y 14.1).

29. *Alemania, Grecia, México* y *Turquía* formulan una reserva respecto de la aplicación del artículo a las rentas generadas por el transporte interior de pasajeros o mercancías y por el arrendamiento de contenedores (véanse los párrafos 4, 6, 7 y 9 anteriores).

30. *Grecia* aplicará el artículo 12 a los pagos por el arrendamiento de buques o aeronaves a casco desnudo.

Reservas al artículo

31. *Canadá, Hungría, México* y *Nueva Zelanda* se reservan el derecho a someter a imposición, como beneficios del tráfico interior, los beneficios procedentes del transporte de pasajeros o mercancías embarcados en un lugar del país y desembarcados en otro lugar del mismo país. Nueva Zelanda se reserva también el derecho a gravar como beneficios del tráfico interior, los beneficios generados por otras actividades realizadas en la costa o en la plataforma continental.

32. *Letonia* se reserva el derecho a aplicar, en casos excepcionales, la norma del establecimiento permanente en relación con los beneficios procedentes de la explotación de buques en el tráfico internacional.

33. *Dinamarca, Noruega* y *Suecia* se reservan el derecho a incluir disposiciones especiales relativas a los beneficios obtenidos por el consorcio de transporte aéreo “Scandinavian Airlines System” (SAS).

34. [Suprimido.]

35. En atención a su particular situación en materia de transporte marítimo, *Grecia* mantendrá su libertad de acción en lo referente a las disposiciones del Convenio relativas a los beneficios de la explotación de buques en el tráfico internacional.

36. *México* se reserva el derecho a gravar en la fuente los beneficios obtenidos en la prestación de servicios de alojamiento.

37. [Suprimido.]

38. *Australia* se reserva el derecho a gravar los beneficios obtenidos en el transporte de pasajeros o mercancías embarcados en un punto de Australia y desembarcados en otro punto de Australia.

39. *Estados Unidos* se reserva el derecho a incluir en el ámbito del apartado 1 la renta del arrendamiento de buques y aeronaves equipadas y a casco desnudo, en caso de que el arrendatario emplee los buques o las aeronaves en el tráfico internacional; o cuando la renta derivada del arrendamiento sea accesoria respecto de los beneficios obtenidos de la explotación de los buques o aeronaves en el tráfico internacional. Estados Unidos se reserva igualmente el derecho a incluir en el ámbito de aplicación de este apartado la renta derivada de la utilización, mantenimiento o arrendamiento de contenedores utilizados en el tráfico internacional.

40. La *República Eslovaca* se reserva el derecho a gravar, conforme al artículo 12, los beneficios obtenidos del arrendamiento de buques, aeronaves y contenedores.

41. *Irlanda* se reserva el derecho a incluir en el ámbito de aplicación del artículo la renta procedente del alquiler de buques o de aeronaves a casco desnudo cuando el arrendatario los explote en el tráfico internacional o cuando la renta derivada del arrendamiento sea accesoria respecto de los beneficios procedentes de la explotación de los buques o aeronaves en el tráfico internacional.

42. *Turquía* se reserva el derecho a ampliar el ámbito de aplicación del artículo a fin de incluir el transporte por carretera y a hacer los cambios correspondientes en la definición de "tráfico internacional" del artículo 3.

43. *Letonia* se reserva el derecho a incluir una disposición conforme a la que los beneficios procedentes del arrendamiento de buques o aeronaves a casco desnudo y del arrendamiento de contenedores tendrán el mismo tratamiento que las rentas comprendidas en el apartado 1 cuando dichos beneficios sean accesorios respecto del transporte internacional.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 9
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS EMPRESAS ASOCIADAS

1. Este artículo se refiere a los ajustes de los beneficios que pueden hacerse a efectos fiscales cuando las operaciones entre empresas asociadas (sociedades matrices y sus filiales, y sociedades sometidas a un control común) se realicen en condiciones que difieran de las de plena competencia. El Comité ha dedicado un tiempo y un esfuerzo considerables (y continúa haciéndolo) a examinar las condiciones para la aplicación de este artículo, sus consecuencias y los diversos métodos aplicables para el ajuste de beneficios en el caso de operaciones realizadas en condiciones distintas de las de plena competencia. Sus conclusiones se recogen en el informe titulado *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias*[1] que se actualiza periódicamente con objeto de recoger los avances en el trabajo del Comité en la materia. Dicho informe describe los principios internacionalmente aceptados y ofrece directrices para la aplicación del principio de plena competencia, cuya enunciación autorizada recoge este artículo.

Apartado 1

2. Este apartado establece que las autoridades fiscales de un Estado contratante podrán, con el fin de calcular el impuesto de las empresas asociadas, rectificar la contabilidad de las empresas si, por las relaciones especiales existentes entre ellas, sus libros no reflejan los beneficios imponibles reales generados en ese Estado. Resulta evidente que, en tales supuestos, el ajuste debe autorizarse. Las disposiciones de este apartado se aplican únicamente cuando se hayan convenido o impuesto condiciones especiales entre las dos empresas. No será admisible la rectificación de la contabilidad de las empresas asociadas si las operaciones entre ellas se han producido en condiciones normales de mercado (en condiciones de plena competencia).

3. Como se indica en el informe del Comité de Asuntos Fiscales sobre subcapitalización[2], existe una interacción entre los convenios tributarios y las normas nacionales sobre subcapitalización que afecta al ámbito del artículo. El Comité considera:

a) que el artículo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización en la medida en que su efecto sea el de asimilar los beneficios del prestatario a los que hubiera obtenido en condiciones de plena competencia;

b) que el artículo permite determinar no solo si el tipo de interés previsto en un contrato de préstamo es un tipo de plena competencia, sino también si lo que se presenta como un préstamo puede ser considerado como tal o si debe considerarse como una entrega de fondos de otro tipo y, en particular, como una aportación al capital social;

---

[1] La versión original del informe fue aprobada por el Consejo de la OCDE el 27 de junio de 1995. El documento se publicó con el formato de hojas sueltas con el título *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias –Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration / Principes applicables en matière de prix de transfert à l´intention des entreprises multinationales et des Administrations fiscales–*, OCDE, París, 1995.

[2] Aprobado por el Consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 1986 y reproducido en el volumen II, página R(4)-1 de la versión íntegra del *Modelo de Convenio de la OCDE*.

c) que la aplicación de las normas sobre subcapitalización no debería tener normalmente el efecto de incrementar los beneficios imponibles de la empresa nacional considerada, más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de plena competencia, y que ese principio debe seguirse igualmente al aplicar los convenios tributarios existentes.

4. Se plantea la cuestión de determinar si las normas procedimentales especiales establecidas por algunos países para tratar las operaciones entre partes vinculadas son compatibles con el Convenio. Cabe plantearse, por ejemplo, si la inversión de la carga de la prueba o las presunciones de cualquier clase que se encuentran en ocasiones en las legislaciones internas son compatibles con el principio de plena competencia. Algunos países interpretan el artículo en el sentido de que en ningún caso prohíbe el ajuste de beneficios previsto por la legislación interna en condiciones diferentes de las previstas en el artículo, siendo su función la de introducir el principio de plena competencia en el ámbito de los convenios. Además, casi todos los países miembros consideran que la exigencia de información adicional más gravosa que la requerida normalmente e, incluso, la inversión de la carga de la prueba, no constituyen discriminación en el sentido del artículo 24. Sin embargo, en algunos casos la aplicación de la legislación interna de algunos países puede generar ajustes de beneficios no acordes con los principios del artículo. El artículo permite a los Estados contratantes abordar dichas situaciones mediante los ajustes correlativos (véase más adelante) y el procedimiento amistoso.

Apartado 2

5. La rectificación de las operaciones entre empresas asociadas en la situación prevista en el apartado 1 puede dar lugar a una doble imposición económica (imposición de la misma renta en manos de personas diferentes) en la medida en que una empresa del Estado A, cuyos beneficios se revisen al alza, estará sujeta a imposición respecto de una cuantía de beneficios por los que ya ha tributado su empresa asociada en el Estado B. El apartado 2 establece que, en tales circunstancias, el Estado B procederá a practicar el ajuste adecuado para evitar la doble imposición.

6. Debe señalarse, no obstante, que el Estado B no deberá realizar automáticamente un ajuste por el simple hecho de que los beneficios se hayan corregido en el Estado A; solo se practicará el ajuste si el Estado B considera que la cifra de beneficios rectificada refleja correctamente los beneficios que se habrían obtenido si las operaciones se hubieran realizado en condiciones de plena competencia. Dicho de otra manera, el apartado no podrá invocarse ni será aplicable cuando los beneficios de una empresa asociada se incrementen hasta un nivel que exceda del que hubieran alcanzado si se hubiesen calculado correctamente en condiciones de plena competencia. Por consiguiente, el Estado B solo deberá practicar el ajuste de los beneficios de la empresa asociada si considera que el ajuste realizado en el Estado A está justificado, tanto por principio como en su importe.

6.1. La legislación interna de algunos países puede permitir que el contribuyente modifique, en las circunstancias apropiadas, una declaración de impuestos ya presentada para ajustar el precio de una operación entre empresas asociadas, con el fin de reflejar un precio que, en opinión del contribuyente, es conforme con el principio de plena competencia. Cuando se realizan de buena fe, estos ajustes pueden facilitar la declaración de rentas imponibles por los

contribuyentes de acuerdo con el principio de plena competencia. Sin embargo, puede ocurrir una doble imposición económica cuando, por ejemplo, el ajuste iniciado por el contribuyente aumente los beneficios de una empresa de un Estado contratante sin que se realice en el otro Estado contratante el ajuste correlativo que proceda sobre los beneficios de la empresa asociada. La eliminación de esta doble imposición recae en el ámbito del apartado 2. De hecho, en la medida en que el Estado mencionado en primer lugar haya gravado los beneficios incrementados, puede considerarse que dicho Estado ha incluido en los beneficios de una empresa de ese Estado, y gravado, beneficios por los que ya ha tributado una empresa del otro Estado contratante. En tales circunstancias, el artículo 25 permite a las autoridades competentes de los Estados contratantes abordar mediante consultas la forma de eliminar la doble imposición; las autoridades competentes pueden, en caso necesario, recurrir al procedimiento amistoso para determinar si el ajuste inicial satisfizo las condiciones del apartado 1 y, en caso afirmativo, determinar el importe del ajuste que proceda practicar en la cuantía del impuesto exigido en el otro Estado respecto de esos beneficios, a fin de eliminar la doble imposición.

7. El apartado no especifica el método que deba aplicarse para efectuar el ajuste. Los países miembros de la OCDE aplican distintos métodos para asegurar la eliminación de la doble imposición en estos casos y, consecuentemente, los Estados contratantes tienen libertad para determinar bilateralmente las reglas concretas que deseen incluir en el artículo. Algunos Estados, por ejemplo, preferirán un sistema según el cual, cuando los beneficios de la empresa X en el Estado A se incrementen hasta la cuantía que hubieran alcanzado en una situación de plena competencia, el ajuste se realiza revisando la liquidación del impuesto de la empresa asociada Y en el Estado B que incluye los beneficios que han soportado la doble imposición, de manera que se reduzca el beneficio imponible en el importe que proceda. Por su parte, otros Estados preferirán estipular que, a los efectos del artículo 23, los beneficios gravados doblemente se traten en manos de la empresa Y del Estado B como rentas que pueden someterse a imposición en el Estado A; en consecuencia, la empresa del Estado B tiene derecho en ese Estado, en virtud de las disposiciones del artículo 23, a una deducción por el impuesto pagado por su empresa asociada en el Estado A.

8. El apartado no pretende abordar la cuestión de lo que pudieran denominarse “ajustes secundarios”. Supongamos que se haya practicado una revisión al alza de los beneficios imponibles de la empresa X en el Estado A con arreglo al principio enunciado en el apartado 1, y que además se hayan rectificado los beneficios de la empresa Y en el Estado B de conformidad con el principio enunciado en el apartado 2. Aun así, la situación no será idéntica a la que hubiera existido si las operaciones se hubiesen realizado en condiciones de plena competencia porque, de hecho, los fondos que representan los beneficios objeto del ajuste se encuentran en manos de la empresa Y, y no en las de la empresa X. Podría argumentarse que si las operaciones se hubiesen efectuado a precios de plena competencia y la empresa X hubiera querido transferir posteriormente esos beneficios a la empresa Y lo habría hecho, por ejemplo, en forma de un dividendo o de un canon (si la empresa Y fuera la matriz de la empresa X) o en forma, por ejemplo, de un préstamo (si la empresa X fuera la matriz de la empresa Y), y que en esas circunstancias hubieran podido darse otras consecuencias fiscales (por ejemplo, la aplicación de una retención en fuente) dependiendo del tipo de renta considerado y de las disposiciones del artículo aplicable a dicha renta.

9. Estos ajustes secundarios, que procede realizar para que la situación sea idéntica a la que habría existido si las operaciones se hubieran realizado en condiciones de plena compe-

tencia, dependerán de las circunstancias de hecho propias de cada caso. Debe señalarse que nada de lo dispuesto en el apartado 2 impide efectuar tales ajustes secundarios cuando sean posibles conforme a la legislación interna de los Estados contratantes.

10. El apartado tampoco responde a la cuestión de si debería existir un plazo al término del cual el Estado B no estuviera obligado a ajustar los beneficios de la empresa Y como consecuencia de una revisión al alza de los beneficios de la empresa X en el Estado A. Algunos Estados consideran que la obligación del Estado B no debe limitarse en el tiempo; o, en otras palabras, que con independencia del ejercicio al que se remonte el Estado A para revisar liquidaciones impositivas, la empresa Y debe, en justicia, tener la seguridad de que se efectuará el ajuste que corresponda en el Estado B. Otros Estados consideran que una obligación ilimitada de este tipo no parece razonable desde el punto de vista de la práctica administrativa. Por tanto, esta cuestión no se ha abordado en el texto del artículo, y los Estados contratantes tienen libertad para incluir en sus convenios bilaterales, si lo desean, disposiciones relativas al plazo durante el cual el Estado B está obligado a efectuar el ajuste que proceda (véanse sobre esta cuestión los párrafos 39, 40 y 41 de los Comentarios al artículo 25). Los Estados contratantes pueden abordar también este problema mediante una disposición que limite el plazo durante el que puede realizarse un ajuste primario conforme al apartado 1. Esta solución evita la doble imposición económica que resultaría en caso de no realizarse el ajuste correlativo tras ese ajuste primario. Los Estados contratantes que deseen obtener este resultado pueden acordar bilateralmente añadir el siguiente apartado tras el apartado 2:

> 3. Los Estados contratantes no podrán incluir en los beneficios de una empresa –ni, por consiguiente, gravar– los beneficios que esta hubiera podido obtener, pero que de hecho no ha obtenido por razón de las condiciones a las que se refiere el apartado 1, una vez concluido el [plazo convenido bilateralmente] contado a partir del final del ejercicio fiscal en el que la empresa habría obtenido los beneficios. Las disposiciones de este apartado no son aplicables en caso de fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso.

11. Si las partes interesadas no estuvieran de acuerdo respecto de la cuantía y naturaleza del ajuste que proceda efectuar, se acudirá al procedimiento amistoso establecido por el artículo 25; los Comentarios a ese artículo contienen algunas consideraciones aplicables al ajuste de los beneficios de empresas asociadas efectuado sobre la base del presente artículo (como consecuencia, en particular, de un ajuste de precios de transferencia) y a los ajustes correlativos que deberán hacerse con arreglo a su apartado 2 (véanse, en particular, los párrafos 10, 11, 12, 33, 34, 40 y 41 de los Comentarios al artículo 25).

12. [Renumerado.]

13. [Suprimido.]

14. [Suprimido.]

Observaciones a los Comentarios

15. *Estados Unidos* señala que puede haber formas razonables de abordar casos de subcapitalización distintas del cambio de la naturaleza del instrumento financiero de deuda a capital y del carácter del pago de interés a dividendo. Así, cuando sea oportuno, el carácter del instrumento (como deuda) y el del pago (como interés) puede mantenerse, pero el Estado con

derecho de gravamen puede diferir la deducción de los intereses pagados que, de otra forma, debiera admitirse para determinar la renta neta del deudor.

Reservas al artículo

16. *República Checa* se reserva el derecho a no incluir en sus convenios el apartado 2, si bien está dispuesta a aceptar este apartado en el curso de las negociaciones, y a la vez a añadir un tercer párrafo que limite la posibilidad de ajuste correlativo a los casos de buena fe.

17. [Suprimido.]

17.1. *Italia* se reserva el derecho a incluir en sus convenios una disposición según la cual practicará ajustes en virtud del apartado 2 del artículo 9 únicamente de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo referido al acuerdo amistoso del convenio pertinente.

18. *Australia* se reserva el derecho a proponer una disposición al efecto de que, si la información que tiene a su disposición la autoridad competente de un Estado contratante fuera inadecuada para determinar los beneficios atribuibles a una empresa, la autoridad competente pueda, a este fin, aplicar a dicha empresa las disposiciones de la legislación tributaria de ese Estado, siempre que tal legislación se aplique, en la medida en que lo permita la información disponible para la autoridad competente, conforme a los principios de este artículo.

19. *Hungría* y *Eslovenia* se reservan el derecho a especificar en el apartado 2 que únicamente se practicará el ajuste correlativo cuando se considere justificado el ajuste inicial.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 10
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS DIVIDENDOS

I. Observaciones preliminares

1. Generalmente se entiende por "dividendos" las distribuciones de beneficios a los accionistas o socios por las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada u otras sociedades de capital. Según las legislaciones de los países miembros de la OCDE, estas sociedades de capital son sujetos de derecho con personalidad jurídica propia y distinta de la de los accionistas. En este aspecto se distinguen de las sociedades de personas carentes de personalidad jurídica en la mayoría de los países.

2. Para muchos Estados los beneficios procedentes de una actividad económica ejercida por una sociedad de personas constituyen los beneficios de los socios, derivados de su propio ejercicio de la actividad; para estos Estados, por tanto, estos beneficios son beneficios procedentes de una actividad económica. Por consiguiente, estos Estados consideran a las sociedades de personas como fiscalmente transparentes y los socios tributan generalmente de forma personal respecto de su participación en el capital y en los beneficios de la sociedad de personas.

3. No ocurre igual en el caso del accionista; no es un empresario y los beneficios de la sociedad no son los suyos propios, por lo que no se le pueden atribuir. El accionista únicamente está personalmente sujeto a imposición por razón de los beneficios distribuidos por la sociedad (con excepción de las disposiciones de ciertas legislaciones nacionales relativas a la imposición de beneficios no distribuidos en casos especiales). Desde la perspectiva del accionista, los dividendos son rentas del capital aportado a la sociedad como tales accionistas.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

4. El apartado 1 no prevé el derecho exclusivo de gravamen sobre los dividendos ni en el Estado de residencia del beneficiario, ni en el de residencia de la sociedad que los distribuye.

5. La imposición exclusiva de los dividendos en el Estado de la fuente no es aceptable como principio general. Es más, algunos Estados no gravan los dividendos en la fuente, mientras que, como regla general, todos los Estados gravan a los residentes por los dividendos que obtienen de sociedades no residentes.

6. Por otro lado, tampoco es posible establecer como regla general la imposición exclusiva de los dividendos en el Estado de residencia del beneficiario. Esta imposición sería más acorde con la naturaleza de los dividendos, que son rentas de inversión, pero no sería realista suponer que exista la posibilidad de llegar al acuerdo de que debe renunciarse a la imposición de los dividendos en la fuente.

7. Por esta razón, el apartado 1 se limita a declarar que los dividendos pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del beneficiario. El término "pagados" tiene un signi-

ficado muy amplio ya que el concepto de pagar significa ejecutar la obligación de poner fondos a disposición del accionista en la forma prevista por el contrato o los usos.

8. El artículo no trata más que de los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante y, por tanto, no se aplica a los dividendos pagados por una sociedad residente de un tercer Estado. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante que sean atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de ese Estado tenga en el otro Estado contratante pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar conforme al apartado 2, pero también pueden someterse a imposición en el otro Estado en virtud del apartado 1 del artículo 7 (véanse los párrafos 9 y 9.1 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B en relación con la eliminación de la doble imposición en tales casos).

Apartado 2

9. El apartado 2 otorga cierto derecho a gravar los dividendos al Estado de la fuente, es decir, al Estado de residencia de la sociedad que paga los dividendos; sin embargo, este derecho de imposición está considerablemente limitado. El subapartado *b*) limita el tipo impositivo al 15 por ciento, que parece ser un tipo máximo razonable. Un tipo más elevado no se justificaría, dado que el Estado de la fuente puede gravar los beneficios de la sociedad.

10. Por otra parte, para los dividendos pagados por una sociedad filial a su sociedad matriz el subapartado *a*) prevé expresamente un tipo inferior (el 5 por ciento). Cuando una sociedad de un Estado posee una participación directa de al menos el 25 por ciento en una sociedad del otro Estado, durante un período de 365 días que incluye la fecha de pago del dividendo, es razonable que al pago de ese dividendo por la filial a la sociedad matriz extranjera se le aplique un gravamen inferior para evitar una cascada impositiva y facilitar las inversiones internacionales. La materialización de esta intención depende del régimen fiscal de los dividendos en el Estado de residencia de la sociedad matriz (véanse los párrafos 49 a 54 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B).

11. Antes de 2017, el subapartado *a*) del apartado 2 hacía referencia a una sociedad "excluidas las sociedades de personas". Esta excepción se suprimió debido al hecho de que si una sociedad de personas tiene la consideración de sociedad a efectos fiscales en el Estado contratante en que está establecida, lo apropiado será que el otro Estado conceda los beneficios previstos en el subapartado *a*) a esa sociedad de personas. En efecto, una entidad o un instrumento (por ejemplo, una sociedad de personas) considerada como sociedad a efectos fiscales, constituye una sociedad en el sentido del subapartado *b*) del apartado 1 del artículo 3 y, en la medida en que sea residente de un Estado contratante, tendrá derecho a los beneficios del subapartado *a*) del apartado 2 en lo que concierne a los dividendos pagados por una sociedad residente del otro Estado, siempre que sea propietaria directamente de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad. Esta conclusión es cierta independientemente de que el Estado de la fuente de los dividendos pueda considerar a esta entidad o instrumento como fiscalmente transparente. Esta conclusión queda confirmada mediante la disposición sobre entidades fiscalmente transparentes del apartado 2 del artículo 1.

11.1. Esta disposición garantiza igualmente que la parte del dividendo percibida por una entidad o instrumento fiscalmente transparente que se considera como renta de un socio

de esa entidad o instrumento a los fines de su imposición por el Estado de residencia de ese socio, será considerada, a los efectos del artículo 10, como un dividendo pagado a ese socio (véase el párrafo 12 de los Comentarios al artículo 1). Cuando, por ejemplo, una sociedad residente del Estado A pague un dividendo a una sociedad de personas que el Estado B considera como una entidad transparente, la parte de este dividendo que el Estado B considera como renta de un socio residente del Estado B, se considerará como un dividendo pagado a un residente del Estado B a los fines del apartado 2 del convenio entre los Estados A y B. Asimismo, a los fines de la aplicación del subapartado *a*) del apartado 2 en ese caso, deberá considerarse que un socio que sea una sociedad posee directamente, en proporción a su participación en la entidad o instrumento fiscalmente transparentes, la parte del capital de la sociedad que paga los dividendos que se posee a través de esa entidad o instrumento y, a fin de determinar si ese socio tiene una participación directa de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos, esa parte del capital se sumará a otras participaciones en el capital que el socio pueda tener directamente. En ese caso, a los efectos de la aplicación del requisito sobre la tenencia de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos durante un período de 365 días, será necesario tener en cuenta tanto el periodo durante el que el socio posee la participación en cuestión en la entidad o instrumento fiscalmente transparentes como el periodo durante el que la parte del capital de la sociedad que paga los dividendos se posee por intermediación de dicha entidad o instrumento: si uno u otro período no satisfacen la condición de los 365 días, el subapartado *a*) no se aplica y el subapartado *b*) se aplica por tanto a la parte correspondiente de los dividendos. Los Estados tienen libertad para aclarar la aplicación del subapartado *a*) en estas circunstancias añadiendo una disposición redactada como sigue:

> En la medida en que en aplicación del apartado 2 del artículo 1 un dividendo pagado por una sociedad residente de un Estado contratante se considere renta de otra sociedad residente del otro Estado contratante porque esa otra sociedad sea un socio de una entidad o instrumento fiscalmente transparentes en el sentido de ese apartado, se considerará que, a los efectos de la aplicación del subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10, esa otra sociedad posee directamente la parte del capital de la sociedad que paga los dividendos que posee la entidad o instrumento transparentes que se corresponde con la parte del capital de esa entidad o instrumento fiscalmente transparentes que posee esa otra sociedad.

12. La condición de beneficiario efectivo se incorporó al apartado 2 del artículo 10 para explicar el significado de las palabras "pagados [...] a un residente" tal y como se utilizan en el apartado 1 del artículo. Con ello se aclara que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a aplicar el impuesto sobre unos dividendos por el mero hecho de que la renta se haya pagado directamente a un residente de un Estado con el que el Estado de la fuente tenga un convenio en vigor.

12.1. Dado que el término "beneficiario efectivo" se introdujo para resolver las posibles dificultades derivadas del uso de los términos "pagados [...] a un residente" del apartado 1, está pensado para interpretarse en ese contexto y no hace referencia al significado técnico que pueda darle la legislación interna de ningún país en concreto (de hecho, cuando se añadió al apartado, el término no tenía un significado preciso en el derecho de muchos países). Por tanto, el término "beneficiario efectivo" no se utiliza en un estricto sentido técnico (como el significado que le atribuye el derecho fiduciario de los países de derecho

consuetudinario[1]), sino que debe interpretarse en su contexto, en concreto en relación con los términos "pagados [...] a un residente", y a la luz del objeto y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

12.2. Cuando un residente de un Estado contratante que actúa en calidad de representante o de agente designado perciba el pago de un elemento de renta, sería contradictorio con el objeto y propósito del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención basándose exclusivamente en el estatus de residente del otro Estado contratante del perceptor directo de la renta. En estas circunstancias al perceptor directo de la renta se le considera como residente, sin que por ello se plantee ningún problema de doble imposición como resultado de su estatus puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al perceptor como el propietario de la renta.

12.3. También sería contradictorio con el objeto y propósito del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de representante o de agente designado, actúa simplemente como canalizador en favor de otra persona que se beneficia realmente de la renta en cuestión. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado "Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales" –"Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" / "Les Conventions prèventives de la double imposition et l'utilisation des societés relais"–[2] llega a la conclusión de que, normalmente, no puede considerarse a una sociedad canalizadora de rentas como beneficiario efectivo si, pese a ser la propietaria "formal", a efectos prácticos cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, respecto de la renta en cuestión, en una mera fiduciaria o administradora que interviene por cuenta de las partes interesadas.

12.4. En estos distintos ejemplos (representante, agente designado, sociedad canalizadora de rentas que interviene como fiduciario o administrador) el perceptor directo de los dividendos no es el "beneficiario efectivo" porque el derecho del perceptor a hacer disposición del dividendo y a disfrutarlos está limitado por una obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Esta obligación normalmente vendrá impuesta por los documentos jurídicos pertinentes, pero también podrá deducirse de hechos y circunstancias que prueben que, en esencia, el perceptor claramente carece del derecho de hacer disposición del dividendo y de disfrutarlo sin estar limitado por la obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Este tipo de obligación no comprende las obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el perceptor directo, como una obligación no contingente de recepción del pago y que el perceptor directo pueda tener en su condición de deudor o de parte en operaciones financieras, o las obligaciones normales de distribución derivadas de instrumentos de previsión para la jubilación y de instituciones de inversión colectiva que tengan derecho a acogerse a los beneficios de los convenios en virtud

[1] Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen los dividendos obtenidos durante un período dado, dichos fiduciarios, en su condición de tales (o el fideicomiso, si tiene la condición de contribuyente independiente), pueden ser los beneficiarios efectivos de esas rentas a los efectos del artículo 10, aun cuando no sean los beneficiarios efectivos conforme al derecho fiduciario aplicable.

[2] Informe reproducido en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, en la página R(6)-1.

de los principios enunciados en los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1. Cuando el perceptor de un dividendo tenga derecho a hacer disposición del dividendo y a disfrutarlo sin estar limitado por la obligación contractual o jurídica de ceder el pago recibido a un tercero, el perceptor es el "beneficiario efectivo" de ese dividendo. Conviene señalar también que el artículo 10 hace referencia al beneficiario efectivo de un dividendo por oposición al propietario de las acciones, que en algunos casos pueden ser personas distintas.

12.5. Sin embargo, el hecho de que se considere al perceptor de un dividendo como beneficiario efectivo de ese dividendo no significa que deba aplicarse automáticamente la limitación en el impuesto prevista en el apartado 2. Esta limitación en el impuesto no debe concederse en casos de abuso de esta disposición (véase también el párrafo 22 más adelante). Las disposiciones del artículo 29 y los principios enunciados en el apartado titulado "Uso indebido del Convenio" en los Comentarios al artículo 1 son aplicables para impedir los abusos, incluidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, en los que el perceptor de los dividendos es su beneficiario efectivo. Si bien el concepto de "beneficiario efectivo" palía ciertas formas de elusión fiscal (las que comportan la interposición de un perceptor obligado a ceder el dividendo a un tercero), no cubre otros tipos de abusos, tales como ciertas estrategias de elusión mediante el abuso de los convenios por terceros a las que se refieren esas disposiciones y principios y, por tanto, no deben considerarse como limitativas en modo alguno de la aplicación de otros planteamientos para resolver esos casos.

12.6. Las explicaciones que preceden relativas al significado del término "beneficiario efectivo" aclaran que debe distinguirse entre el significado dado a este término en el contexto del artículo del significado dado en el contexto de otros instrumentos[3] relativos a la determinación de las personas (normalmente personas físicas) que ejercen el control último sobre las entidades o los activos. No cabe aplicar ese significado distinto del término beneficiario efectivo en el contexto del artículo. De hecho, ese significado, que se refiere a personas físicas no es compatible con la formulación expresa del subapartado *a*) del apartado 2, que se refiere a las situaciones en las que la beneficiaria efectiva del dividendo es una sociedad. En el contexto del artículo 10, el término "beneficiario efectivo" pretende resolver las dificultades que se

[3] Véase, por ejemplo, el documento del Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation - The FATF Recommendations* [también disponible en francés: *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération - Les Recommandations du GAFI* (OECE FATF, París, 2012)] [*Normas internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación y proliferación del terrorismo*] que fija en detalle la norma internacional contra el blanqueo de capitales y que incluye la siguiente definición del término beneficiario efectivo en las páginas 110 y 120 de sus versiones en inglés y francés respectivamente: "El propietario o tenedor último, persona física, de un cliente o la persona por cuenta de quien se realiza una operación. E incluye igualmente a las personas que ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos." De forma similar, el informe de 2001 del Grupo director sobre gobernanza corporativa de la OCDE *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* [también disponible en francés: *Au-delà des apparences: l'utilisation des entités juridiques à des fins illicites* (OCDE, París, 2001)], define el concepto de beneficiario efectivo como sigue (páginas 14 y 16 en sus versiones en inglés y francés, respectivamente):

> En este informe, "beneficiario efectivo" hace referencia a la titularidad o beneficio efectivo final por una persona física. En algunas situaciones, para descubrir al beneficiario efectivo puede ser necesario ir rebasando varias personas físicas o jurídicas intermediarias hasta llegar al verdadero propietario, persona física. En relación con las sociedades de capital, los propietarios son los socios o accionistas. Las sociedades personalistas pertenecen a los socios colectivos y socios comanditarios. En los fideicomisos y las fundaciones, los beneficiarios efectivos son sus beneficiarios, entre los que puede hallarse también al fideicomitente o al fundador.

desprenden de la utilización de las palabras “pagados a” en relación con los dividendos, más que las dificultades relacionadas con la propiedad de las acciones de la sociedad que paga dichos dividendos. Por tanto, sería inoportuno, en el contexto de este artículo, considerar un significado que remite a las personas físicas que ejercen “el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos”[4].

12.7. A reserva de otras condiciones que se establezcan en este artículo y de las restantes disposiciones del Convenio, la limitación del impuesto del Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario, por ejemplo un representante o un agente designado, situado en un Estado contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el beneficiario y el pagador, pero el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante (el texto del Modelo se modificó en 1995 y en 2014 para precisar este punto, que ha constituido la posición que han mantenido todos los Estados miembros).

13. Los tipos que fija el artículo para el impuesto en el Estado de la fuente son tipos máximos. Los Estados pueden convenir en las negociaciones bilaterales tipos inferiores e incluso la imposición exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario. La reducción de los tipos prevista en el apartado 2 se refiere únicamente a la imposición de los dividendos y no a la imposición de los beneficios de la sociedad que paga los dividendos.

13.1. De acuerdo con legislación interna de muchos Estados, los fondos de pensiones y entidades similares quedan exentos con carácter general de impuestos sobre los rendimientos derivados de inversiones. A fin de asegurar la neutralidad en el tratamiento aplicable a las inversiones nacionales y extranjeras de estas entidades, algunos Estados prevén, de forma bilateral, que las rentas obtenidas por una de estas entidades residente del otro Estado, incluyendo los dividendos, queden exentas de tributación en la fuente. Los Estados que deseen proceder de este modo pueden convenir bilateralmente una disposición redactada sobre la base de la disposición incluida en el párrafo 69 de los comentarios al artículo 18.

13.2. De forma similar, algunos Estados se abstienen de gravar los dividendos pagados a otros Estados y a algunas de sus entidades públicas de propiedad estatal íntegra, al menos en la medida en que tales dividendos procedan de actividades de naturaleza pública. Algunos Estados pueden conceder esa exención en virtud de su interpretación del principio de inmunidad soberana (véanse los párrafos 52 y 53 de los Comentarios al artículo 1); otros pueden hacerlo siguiendo las disposiciones de su legislación interna. Los Estados que deseen proceder de este modo pueden confirmar o aclarar en sus convenios bilaterales el alcance de las exenciones o conceder la exención en los casos en los que no pueda optarse a ella de otro modo. Puede obtenerse este resultado mediante un párrafo adicional redactado en los siguientes términos:

> No obstante las disposiciones del apartado 2, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante serán gravables exclusivamente en el otro Estado contratante si el beneficiario efectivo de los dividendos es ese Estado, o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales.

14. Vía negociaciones bilaterales, los dos Estados contratantes pueden asimismo convenir un porcentaje de participación inferior al que se fija en el artículo. Un porcentaje inferior está justificado, por ejemplo, en los casos en que el Estado de residencia de la sociedad matriz conceda a esta, conforme a su legislación interna, una exención para los dividendos correspondientes a una participación inferior al 25 por ciento en una filial no residente.

[4] Véase la definición dada a ese término por el Grupo de Acción Financiera que se cita en la nota anterior.

15. En el subapartado *a)* del apartado 2 el término "capital" se utiliza a propósito del tratamiento fiscal de los dividendos, es decir, de las distribuciones de beneficios a los accionistas. El uso de dicho término en este contexto implica que, a los efectos del subapartado *a*), debe emplearse en el sentido en el que se utiliza a efectos de las distribuciones al accionista (en este caso, la sociedad matriz).

a) Como regla general, el término "capital" del subapartado *a)* debe entenderse tal como se hace en el derecho de sociedades. Otros elementos, particularmente las reservas, no se toman en consideración.

b) El capital, como en el derecho de sociedades, deberá indicarse por el valor nominal total de las acciones, que aparecerá dentro del epígrafe "capital" del balance de la sociedad en la mayor parte de los casos.

c) No procede tener en cuenta las diferencias debidas a las diversas clases de acciones emitidas (acciones ordinarias, acciones preferentes, acciones con voto plural, acciones sin derecho a voto, acciones al portador, acciones nominativas, etc.) pues estas diferencias se refieren más a la naturaleza de los derechos de que dispone el accionista que a la importancia de su participación en el capital.

d) Cuando un préstamo o cualquier otra aportación a la sociedad no constituya capital, en el sentido estricto de la legislación de sociedades, pero según el derecho o los usos internos (subcapitalización, o asimilación de un préstamo al capital social) la renta que proceda de los mismos se considere como dividendo en virtud del artículo 10, el valor de este préstamo o de esta aportación debe considerarse también como "capital" en el sentido del subapartado *a)*.

e) En el caso de organismos que no tengan capital en el sentido de la legislación sobre sociedades, se entenderá que, a los efectos de la aplicación del subapartado *a)*, este término significa el total de las aportaciones efectuadas al organismo que se tomen en consideración a los efectos de distribución de beneficios.

Los Estados contratantes, en sus negociaciones bilaterales, pueden separarse del criterio del "capital" contenido en el subapartado *a)* del apartado 2 y utilizar en su lugar el criterio del "derecho de voto".

16. Antes de 2017, el párrafo 17 de los Comentarios al artículo señalaba que "[l]a reducción prevista en el subapartado *a)* del apartado 2 no deberá concederse en el caso de uso abusivo de esta disposición; por ejemplo, cuando una sociedad que posee una participación inferior al 25 por 100 ha adquirido, poco tiempo antes del pago de los dividendos, un complemento de su participación con el fin esencial de aprovecharse de la disposición en cuestión o cuando la participación se ha aumentado principalmente para obtener el beneficio de la reducción. Este tipo de abuso se abordó en el informe final sobre la Acción 6[5] del Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. Como resultado de dicho informe, se modificó el subapartado *a*) a fin de restringir su aplicación a las situaciones en las que la sociedad que percibe el dividiendo posee directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que lo paga, durante un período de 365 días que comprenda el día de pago de

[5] OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 - Informe final 2015*, Ediciones OCDE, París DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es.

los dividendos. El subapartado prevé igualmente, no obstante, que para calcular dicho período no se tendrán en cuenta los cambios en la propiedad que pudieran derivarse directamente de una reestructuración empresarial, tales como una fusión o escisión. Asimismo, la adición del artículo 29 responderá a otras prácticas abusivas destinadas a obtener los beneficios del subapartado *a*).

17. En virtud del derecho interno de algunos Estados, es posible realizar inversiones de cartera en acciones de sociedades de ese Estado por mediación de ciertas instituciones de inversión colectiva establecidas en ese Estado que no pagan impuestos sobre la renta obtenida de sus inversiones. En tales casos, una sociedad no residente que tuviera al menos el 25 por ciento del capital de dicha institución podría beneficiarse del tipo reducido previsto en el subapartado *a*) respecto de los dividendos pagados por esa institución, a pesar de que esta no sea propietaria de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad de la que percibe los dividendos. Los Estados para los que esto constituya un problema pueden evitar ese resultado incluyendo en el apartado 2 una disposición redactada en los siguientes términos (véase también el párrafo 67.4 más adelante aplicable a los dividendos pagados por una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario):

> El subapartado *a*) no será aplicable a los dividendos pagados por una sociedad residente de [nombre del Estado] que sea un [descripción del tipo de institución de inversión colectiva a la que debe aplicarse esta norma].

18. El apartado 2 no se pronuncia sobre el modo de imposición en el Estado de la fuente. Deja, pues, a este Estado la facultad de aplicar su legislación interna y, en concreto, de exigir el impuesto mediante retención en la fuente o por declaración del contribuyente.

19. El apartado no regula las cuestiones de procedimiento. Cada Estado debe poder adoptar el procedimiento previsto en su propia legislación. Puede optar entre reducir los impuestos a los tipos previstos en el artículo o exigirlos íntegramente devolviendo la diferencia (véase no obstante el párrafo 109 de los Comentarios al artículo 1). Los potenciales abusos derivados de situaciones en las que los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante son atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa del otro Estado tenga en un tercer Estado se tratan en el apartado 8 del artículo 29. Los casos triangulares plantean otras cuestiones específicas (véase el párrafo 71 de los Comentarios al artículo 24).

20. Además, el párrafo no precisa si la limitación en el Estado de la fuente debe o no superditarse a la imposición de los dividendos en el Estado de residencia. Esta cuestión puede resolverse por la vía de la negociación bilateral.

21. El artículo no contiene disposición alguna relativa a la manera en que el Estado de residencia del beneficiario deba tener en cuenta la imposición en el Estado de la fuente de los dividendos. Esta cuestión se trata en los artículos 23 A y 23 B.

22. El Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, y en particular el Informe Final sobre la Acción 6[6] elaborado en el marco de ese proyecto, han abordado un cierto número de abusos relacionados con situaciones como la siguiente: el beneficiario efectivo de los dividendos procedentes de un Estado contratante es una sociedad residente del otro Estado contratante cuyo capital pertenece, en todo o en par-

[6] OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 - Informe final 2015*, Ediciones OCDE, París DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es.

te, a accionistas no residentes de este otro Estado; la práctica habitual de esta sociedad es no distribuir sus beneficios en forma de dividendos y disfruta de un régimen fiscal preferente (sociedad privada de inversiones, sociedad controlada). Aparte el hecho de que el artículo 29, que se incluyó en el Convenio a resultas del Informe final sobre la Acción 6, aborda los aspectos del caso relacionados con las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, los Estados que deseen denegar los beneficios del artículo 10 a los dividendos a los que se aplica un trato fiscal preferente en el Estado de residencia pueden considerar incluir en sus convenios disposiciones como las descritas en los párrafos 82 a 100 de los Comentarios al artículo 1.

Apartado 3

23. Habida cuenta de las grandes diferencias existentes entre las legislaciones de los países miembros de la OCDE, no es posible definir el concepto de dividendo total y exhaustivamente. Por ello, la definición se limita a mencionar los ejemplos que figuran en la mayor parte de estas legislaciones y que, en todo caso, no tienen un tratamiento distinto. La enumeración se completa con una fórmula general. Con ocasión de la revisión del Proyecto de Convenio de 1963 se emprendió un estudio completo con el fin de encontrar una solución en la que no se hiciera referencia a la legislación interna. Este estudio llevó a la conclusión de que, dadas las divergencias que subsisten entre los países miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria, no parecía posible ofrecer una definición del concepto de dividendos independiente de la legislación interna. Mediante las negociaciones bilaterales los Estados contratantes pueden tener en cuenta las particularidades de sus legislaciones y convenir la ampliación de la definición de "dividendos" a otros pagos hechos por las sociedades a las cuales se aplica el artículo.

24. El concepto de dividendo se refiere esencialmente a las distribuciones efectuadas por las sociedades en el sentido del subapartado *b)* del apartado 1 del artículo 3. La definición alude por tanto, en primer lugar, a las distribuciones de beneficios a que dan derecho las acciones; es decir, las participaciones en el capital de una sociedad cuya responsabilidad está limitada a la aportación realizada (sociedad capitalista). La definición asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos: es el caso, por ejemplo, de las "acciones o bonos de disfrute", bonos de fundador u otros derechos con participación en los beneficios. Esta enumeración puede ciertamente adaptarse en los convenios bilaterales al derecho de los Estados contratantes. En particular, esto puede resultar necesario con respecto a las rentas procedentes de bonos de disfrute y de fundador. Por otro lado, los créditos que dan derecho a participar en los beneficios no entran en esta categoría (véase el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11); asimismo, los intereses de obligaciones convertibles tampoco son dividendos.

25. El artículo 10 trata no solamente de los dividendos en sentido estricto, sino también los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad; es decir, cuando el reembolso depende en gran medida del éxito o no de la actividad de la empresa. Los artículos 10 y 11 no impiden, en consecuencia, el tratamiento de este tipo de intereses como dividendos en aplicación de la legislación interna del país del prestatario relativa a la subcapitalización. La cuestión de precisar cuándo el prestamista comparte los riesgos de la empresa debe apreciarse en cada caso particular a la luz del conjunto de circunstancias, como, por ejemplo, las siguientes:

— el préstamo supera, en gran medida, las restantes aportaciones al capital de la empresa (o ha sido concertado para reemplazar una parte sustancial del capital que se ha perdido) y su cuantía no guarda una proporción compensada con los activos amortizables;

— el acreedor participa en los beneficios de la sociedad;

— el reembolso del préstamo está subordinado al reembolso de las deudas a otros acreedores o al pago de dividendos;

— la cuantía o el pago de los intereses depende de los beneficios de la sociedad;

— el contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula fija que prevea el reembolso en un plazo determinado.

26. La legislación de numerosos Estados equipara las participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada a las acciones. Asimismo, las distribuciones de beneficios efectuadas por las sociedades cooperativas se consideran, generalmente, dividendos.

27. Las distribuciones de beneficios realizadas por sociedades de personas no tienen el carácter de dividendos, tal como se han definido, a menos que las sociedades de personas estén sujetas, en el Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva, a un régimen fiscal sustancialmente similar al que se aplica a las sociedades con el capital dividido en acciones y la responsabilidad limitada (como es el caso, por ejemplo, de Bélgica, España, Portugal y también Francia para las distribuciones hechas a los socios comanditarios en sus sociedades comanditarias simples). Por otra parte, pueden ser necesarias ciertas precisiones en los convenios bilaterales en el caso de que la legislación tributaria de un Estado contratante otorgue al propietario de participaciones en una sociedad el derecho a optar, en ciertas condiciones, a tributar como un socio de una sociedad de personas o, inversamente, conceda al socio de una sociedad de personas el derecho a optar al gravamen como propietario de una participación en una sociedad.

28. Se consideran dividendos no solo las distribuciones de beneficios aprobadas cada año por la Junta General de Accionistas, sino también otros beneficios en efectivo o valorables en dinero, tales como acciones gratuitas, bonos, beneficios por la liquidación o la amortización de acciones (véase el párrafo 31 de los Comentarios al artículo 13) y las distribuciones de beneficios encubiertas. Las desgravaciones previstas en este artículo se aplican solo cuando el Estado de residencia de la sociedad deudora grave los citados beneficios como dividendos. No es determinante, en manera alguna, el hecho de que estas prestaciones procedan de beneficios sociales del ejercicio o provengan, por ejemplo, de reservas; esto es, de beneficios de ejercicios anteriores. Normalmente, las distribuciones hechas por una sociedad que reduzcan los derechos de los socios, por ejemplo, los pagos que constituyen un reembolso de capital, cualquiera que sea la forma que adopten, no se consideran dividendos.

29. Los beneficios a que da derecho la participación en el capital de una sociedad no se atribuyen, por regla general, más que a los propios accionistas. No obstante, en caso de que algunos de estos beneficios se pusieran a disposición de personas que no son accionistas en el sentido del derecho de sociedades pueden considerarse dividendos cuando:

— las relaciones jurídicas entre estas personas y la sociedad se asimilen a una participación social (“participaciones ocultas”) y

— las personas que reciben esos beneficios están estrechamente vinculadas a un accionista; así ocurre, por ejemplo, cuando el beneficiario es un pariente del accionista o una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad titular de las acciones.

30. Cuando el accionista y la persona a quien se atribuyen estos beneficios son residentes de dos Estados diferentes con los cuales el Estado de la fuente ha suscrito convenios, pueden producirse divergencias de opinión en cuanto a la determinación del convenio aplicable. Puede plantearse un problema similar cuando el Estado de la fuente ha firmado un convenio con uno de los Estados, pero no con el otro. Se trata, sin embargo, de un conflicto que también puede afectar a otros tipos de renta y cuya solución solo puede encontrarse a través de un procedimiento amistoso.

Apartado 4

31. Algunos Estados consideran que los dividendos, intereses y cánones procedentes de fuentes situadas en su territorio y pagados a personas físicas o jurídicas residentes de otros Estados no están comprendidos en el ámbito de las disposiciones adoptadas para evitar su doble imposición en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia del beneficiario cuando este último tenga un establecimiento permanente en el primero de estos Estados. El apartado 4 no se inspira en esa idea a la que en ocasiones se denomina "fuerza de atracción del establecimiento permanente". No establece que los dividendos que reciba un residente de un Estado contratante de una fuente situada en el otro Estado deban relacionarse, en virtud de una especie de presunción o incluso ficción legal, con el establecimiento permanente que este residente pueda tener en este último Estado, de manera que este Estado no queda obligado a limitar su imposición en tal caso. El citado apartado se limita a establecer que, en el Estado de la fuente, los dividendos son gravables como parte de los beneficios del establecimiento permanente que posee en ese Estado el beneficiario residente del otro Estado, si dichos dividendos proceden de participaciones que forman parte del activo de ese establecimiento permanente o, de una u otra forma, están vinculados efectivamente a dicho establecimiento. En ese caso, el apartado 4 libera al Estado de la fuente de los dividendos de toda limitación prevista en el artículo. Las explicaciones precedentes coinciden con las contenidas en los Comentarios al artículo 7.

32. Se ha sugerido que el apartado podría dar lugar a abusos, mediante la transferencia de acciones a establecimientos permanentes creados exclusivamente con este propósito en países que ofrecen tratamiento preferente a las rentas en forma de dividendos. Aparte el hecho de que las disposiciones del artículo 29 (y en concreto, su apartado 8) y los principios enunciados en el apartado titulado "Uso indebido del Convenio" en los Comentarios al artículo 1 se aplicarán normalmente para impedir dichas operaciones abusivas, debe reconocerse que un determinado lugar solo constituye un establecimiento permanente si en él se realiza una actividad económica y, como se explica más adelante, el requisito de que la participación en el capital esté "vinculada efectivamente" a dicho lugar implica algo más que la mera contabilización del capital en los libros del establecimiento permanente a efectos contables.

32.1. Una participación respecto de la que se paguen dividendos estará vinculada efectivamente a un establecimiento permanente y formará por tanto parte de los activos empresariales si la propiedad "económica" de la participación se asigna a ese establecimiento permanente conforme a los principios desarrollados en el informe del Comité titulado *Atribu-*

ción de beneficios a los establecimientos permanentes[7] (véanse en particular los párrafos 72 a 97 de la Parte I del informe) a los efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. En el contexto de ese apartado, la propiedad "económica" de la participación tiene un significado equivalente a la propiedad por una entidad independiente a los efectos del impuesto sobre la renta, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a los dividendos atribuibles a la propiedad de la participación y la potencialidad de ganancias o pérdidas derivadas del incremento o reducción del valor de la participación).

32.2. En el caso de un establecimiento permanente de una empresa que desarrolle actividades de seguros, debe determinarse si la participación está vinculada efectivamente al establecimiento permanente siguiendo las pautas contenidas en la Parte IV del Informe del Comité respecto de si la renta o la ganancia procedentes de dicha participación se tienen en cuenta para determinar el rendimiento obtenido por el establecimiento permanente del importe de los activos de inversión que se le hayan atribuido (véanse en concreto los párrafos 165 a 170 de la Parte IV). Al tratarse de unas pautas generales, las autoridades fiscales deben considerar la aplicación de un criterio pragmático y flexible que tenga en cuenta la aplicación coherente y razonable de esas pautas por parte de la empresa a los efectos de identificar los activos concretos vinculados efectivamente al establecimiento permanente.

Apartado 5

33. El artículo trata solo de los dividendos que una sociedad residente de un Estado contratante paga a un residente del otro Estado. Sin embargo, algunos Estados no gravan solo los dividendos pagados por una sociedad residente de este Estado, sino también las distribuciones de beneficios generados en el mismo, efectuadas por sociedades no residentes. No hace falta decir que cada Estado puede gravar los beneficios que obtengan en su territorio las sociedades no residentes en la medida en que lo prevea el Convenio (en particular, en el artículo 7). Pero no deberá gravarse, además, a los accionistas de esta sociedad, salvo si son residentes de este Estado y están, por esta razón, sometidos a la soberanía fiscal del mismo.

34. El apartado 5 excluye la imposición extraterritorial de los dividendos; es decir, la práctica por la que los Estados gravan los dividendos distribuidos por una sociedad no residente exclusivamente porque los beneficios sociales con cargo a los que se hace tal distribución proceden de su territorio (por ejemplo, si se obtienen por medio de un establecimiento permanente allí situado). El problema de la imposición extraterritorial no se plantea, evidentemente, cuando el país de la fuente de los beneficios sociales grava los dividendos porque son abonados a un accionista residente de ese Estado o a un establecimiento permanente situado en ese Estado.

35. Además, puede decirse que tal disposición no tiene por finalidad, o no puede tener como efecto, impedir que un Estado someta a una retención en la fuente los dividendos, distribuidos por sociedades extranjeras, que se hacen efectivos en su territorio. De hecho, en este caso el criterio de sujeción es el hecho del pago de los dividendos y no el origen de los beneficios sociales afectos a la distribución. Sin embargo, si la persona que cobra los dividendos en un Estado contratante es residente del otro Estado contratante (del que la sociedad distribuidora es residente), podrá, en virtud de las disposiciones del artículo 21, obtener la

[7] *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, OCDE, París, 2010.

exención o la devolución de la retención en la fuente en el primer Estado. Asimismo, si el beneficiario de los dividendos es un residente de un tercer Estado que haya firmado un convenio de doble imposición con el Estado donde se cobran los dividendos, también podrá, conforme a las disposiciones del artículo 21 de ese convenio, obtener la exención o la devolución de la retención en la fuente de este último Estado.

36. El apartado 5 dispone, además, que las sociedades no residentes no están sometidas a impuestos especiales sobre los beneficios no distribuidos.

37. Como lo confirman las disposiciones del apartado 3 del artículo 1, el apartado 5 no puede interpretarse como un impedimento para que el Estado de residencia del contribuyente someta a imposición a ese contribuyente en virtud de su legislación sobre transparencia fiscal internacional u otras reglas con similares efectos, respecto de los beneficios no distribuidos por una sociedad extranjera. Debe señalarse asimismo que este apartado está restringido a la imposición en la fuente de las rentas y que, por consiguiente, no afecta a la imposición en el lugar de residencia del accionista en virtud de esta clase de legislación o de estas reglas. Además, el apartado se refiere solamente a la imposición de la sociedad, y no a la del accionista.

38. Sin embargo, la aplicación de esta clase de legislación o de estas reglas puede dificultar la aplicación del artículo 23. Si las rentas se atribuyeran al contribuyente, cada elemento de renta debería someterse al régimen previsto en las disposiciones correspondientes del Convenio (beneficios de actividades económicas, intereses, cánones). Si este importe se asimila a un dividendo presunto, es evidente que se tratará de rentas que se originan en la sociedad controlada y, por ello, con fuente en el país de dicha sociedad. Aun así, no está nada claro si el citado importe sujeto a gravamen debe considerarse como un dividendo en el sentido del artículo 10 o como "otras rentas" en el sentido del artículo 21. Algunas de estas disposiciones o reglas tratan el importe sujeto a gravamen como un dividendo, con el resultado de que una exención prevista en un convenio tributario, por ejemplo, el "privilegio de afiliación", también le será aplicable. Sin embargo, es dudoso que los convenios así lo exijan. Si el país de residencia considera que no es el caso, posiblemente se enfrentará a la acusación de que está impidiendo la aplicación normal del privilegio de afiliación al gravar el dividendo por anticipado (a título de "dividendo presunto").

39. Cuando la sociedad controlada distribuye efectivamente dividendos, las disposiciones de un convenio bilateral relativas a los dividendos han de aplicarse normalmente ya que se trata de rentas que tienen el carácter de dividendos en el sentido del convenio. Por tanto, el país de la sociedad controlada puede someter el dividendo a una retención en la fuente. El país de residencia del accionista aplicará los métodos normales para eliminar la doble imposición (otorgando un crédito fiscal o una exención). Esto supone que el impuesto retenido en la fuente sobre el dividendo deberá deducirse en el país de residencia del accionista aun cuando los beneficios distribuidos (los dividendos) se hayan gravado años atrás en aplicación de la legislación sobre transparencia fiscal internacional o de otras reglas con efectos similares. Sin embargo, la obligación de conceder el crédito fiscal en ese caso es dudosa. Generalmente, el dividendo como tal está exento de imposición (dado que se habrá gravado con anterioridad en aplicación de la legislación o reglas en cuestión), por lo que cabe argumentar que no existe fundamento para reconocer un crédito fiscal. Por otra parte, sería contrario a los fines del convenio que pudiera evitarse la deducción del impuesto extranjero simplemente anticipando el gravamen del dividendo en virtud de una disposición destinada a contrarrestar la evasión fiscal. El principio general antes expuesto, sugiere que debe concederse el crédito por impuestos pagados, aunque la

forma de hacerlo pueda variar en función de los aspectos técnicos de este tipo de disposiciones o reglas y de las modalidades de imputación de impuestos extranjeros, así como de las circunstancias de cada caso particular (por ejemplo, el tiempo transcurrido desde el gravamen del "dividendo presunto"). Por tanto, los contribuyentes que recurren a estrategias artificiales corren un riesgo frente al que las autoridades fiscales no pueden concederles una protección íntegra.

III. Consecuencias de las particularidades de la legislación fiscal interna de determinados países

40. La legislación de algunos países pretende evitar o a atenuar la doble imposición económica; es decir, la imposición simultánea, por un lado, de los beneficios en el nivel de la sociedad y, por otro, de los dividendos en manos del propio accionista. Para hacerlo existen diversos procedimientos:

— el impuesto sobre sociedades correspondiente a los beneficios distribuidos se exige a un tipo inferior al que corresponde a los beneficios no distribuidos;

— puede concederse una desgravación al computarse el impuesto personal del accionista;

— un único impuesto grava los dividendos; los beneficios distribuidos no se gravan en el nivel de la sociedad.

El Comité de Asuntos Fiscales ha examinado si las particularidades de las legislaciones fiscales de los países miembros justificarían la adopción de soluciones diferentes a las que se contemplan en el Modelo de Convenio.

A. Dividendos distribuidos a personas físicas

41. Contrariamente a la noción de doble imposición jurídica, que generalmente tiene un sentido preciso, el concepto de doble imposición económica es más incierto. Algunos Estados no reconocen la validez de este concepto y otros, más numerosos, no estiman necesario paliar la doble imposición económica en el ámbito nacional (dividendos distribuidos por sociedades residentes a accionistas residentes). En consecuencia, dado que no era posible basar el análisis en este concepto, por no estar lo suficientemente bien definido, pareció oportuno estudiar el problema desde una óptica económica más amplia; es decir, desde el punto de vista de los efectos que pueden provocar los diversos sistemas tendentes a mitigar la doble imposición en los movimientos internacionales de capitales. A tal fin, fue necesario investigar, entre otros aspectos, las distorsiones y discriminaciones que podían resultar de los diversos sistemas nacionales, considerando también el aspecto presupuestario de los Estados y la eficacia del control fiscal, sin perder de vista el principio de reciprocidad que subyace a todo convenio. Desde esta perspectiva, es evidente que no se puede hacer una total abstracción de la carga que representa el impuesto sobre sociedades.

1. Estados con sistema clásico

42. El Comité admitió que la doble imposición económica no debe evitarse en el ámbito internacional cuando subsiste a nivel nacional. Considera, por tanto, que en las relaciones entre dos Estados con sistema clásico (es decir, que no mitigan la doble imposición económi-

ca) los niveles respectivos del impuesto sobre sociedades en vigor en los Estados contratantes no deben influir en el tipo de retención aplicable sobre el dividendo en el Estado de la fuente (tipo máximo del 15 por ciento por el subapartado *b)* del apartado 2 del artículo 10). Por consiguiente, la solución recomendada en el Modelo de Convenio sigue siendo totalmente aplicable en este caso.

2. Estados que aplican un doble tipo en el impuesto de sociedades

43. Estos Estados aplican el impuesto sobre sociedades con tipos diferentes según el destino dado a los beneficios: un tipo superior aplicable al beneficio no distribuido y el inferior al beneficio distribuido.

44. En sus convenios de doble imposición, ninguno de estos Estados ha obtenido, por razón del doble tipo del impuesto sobre sociedades, el derecho a una retención superior al 15 por ciento (véase el subapartado *b)* del apartado 2 del artículo 10) sobre los dividendos distribuidos por sus sociedades a un accionista que sea persona física y residente del otro Estado.

45. El Comité analizó si no debería reconocerse a un tal Estado (Estado B) el derecho a aplicar una retención superior al 15 por ciento sobre los dividendos distribuidos por sus sociedades a residentes de un Estado con sistema clásico (Estado A), entendiéndose que el porcentaje de retención que sobrepase el 15 por ciento, destinado a compensar, en relación con el accionista considerado, los efectos del tipo inferior del impuesto sobre la renta de sociedades que grava los beneficios distribuidos de las sociedades del Estado B, no será deducible del impuesto debido por el accionista en el Estado A del que es residente.

46. La mayor parte de los países miembros ha estimado que, en el Estado B, hay que considerar el tipo medio del impuesto sobre sociedades y que esta imposición media debe considerarse como contrapartida de la que se percibe bajo la forma de un impuesto de tipo único aplicado a las sociedades residentes del Estado A. La aplicación en el Estado B de una retención complementaria sin derecho a crédito en el Estado A crearía, además, una doble discriminación: por una parte, los dividendos distribuidos por una sociedad residente del Estado B estarían sometidos a una mayor carga impositiva en su distribución a residentes de A que a residentes de B, y, por otra, el residente de A pagaría un impuesto personal más elevado sobre los dividendos procedentes de B que sobre los procedentes de A. En consecuencia, el Comité no aprobó la idea de un "impuesto compensatorio".

3. Estados que otorgan una desgravación a nivel del accionista

47. En estos Estados la sociedad está sujeta al impuesto por el conjunto de sus beneficios, distribuidos o no, y los dividendos están sujetos a imposición cuando están en manos del accionista residente (persona física), pero este último tiene derecho a una desgravación, normalmente en la forma de crédito por impuestos pagados, contra su impuesto personal, sobre la base de que –normalmente al menos– el dividendo ha estado sujeto al impuesto de sociedades como beneficio societario.

48. El derecho interno de estos Estados no prevé la extensión de la desgravación al ámbito internacional. La desgravación se permite únicamente a sus residentes y solo en relación con dividendos de fuente nacional. Sin embargo, como se indica posteriormente, determinados Estados han extendido en algunos convenios el beneficio del crédito fiscal previsto en su legislación interna a los residentes del otro Estado contratante.

49. En muchos Estados que otorgan una desgravación a nivel del accionista, el accionista residente recibe un crédito en consideración al hecho de que los beneficios, con cargo a los que se pagan los dividendos, ya se han gravado al nivel de la sociedad. El accionista residente está sujeto a imposición sobre el dividendo incrementado por el crédito por impuestos pagados; este crédito se compensa contra el impuesto debido y puede, eventualmente, generar el derecho a una devolución. En algunos convenios de doble imposición, determinados Estados que aplican este sistema han acordado extender el crédito fiscal a accionistas que son residentes del otro Estado contratante. Aunque la mayor parte de los Estados que han acordado la extensión del crédito a no residentes lo han hecho sobre una base de reciprocidad, unos pocos países han suscrito convenios en los que han extendido unilateralmente los beneficios del crédito a residentes del otro Estado contratante.

50. Algunos Estados que también otorgan una desgravación a nivel del accionista, argumentan que, en sus sistemas, el impuesto sobre sociedades es, íntegramente, un auténtico impuesto sobre sociedades, en el sentido de que se exige y permanece en las arcas de la hacienda pública únicamente en función de las circunstancias específicas de la sociedad y sin consideración alguna respecto de quién es y dónde reside el accionista. El crédito fiscal concedido al accionista está diseñado de forma que aligere su carga tributaria personal y no constituye en modo alguno un ajuste en el impuesto sobre sociedades. Por tanto, no hay devolución si el crédito fiscal es superior al importe del impuesto personal.

51. El Comité no pudo llegar a un acuerdo general sobre si los sistemas de los Estados a los que se hace referencia en el párrafo 50 anterior presentan una diferencia fundamental que pueda justificar soluciones diferentes en el ámbito internacional.

52. Determinados países miembros mantuvieron el parecer de que no había tal diferencia fundamental. Cabe por tanto concluir que los Estados a los que se refiere el párrafo 50 anterior deben estar de acuerdo en extender el beneficio del crédito fiscal a los accionistas no residentes, al menos sobre una base de reciprocidad, de la misma manera que lo hacen algunos de los países a los que se refiere el párrafo 49 anterior. Esta solución pretende asegurar la neutralidad en cuanto a los dividendos distribuidos por las sociedades de estos países, otorgando un mismo trato a los accionistas residentes y a los accionistas no residentes. Por otro lado, para los accionistas residentes de un Estado contratante (en particular, un Estado con sistema clásico) puede ser un estímulo invertir en un Estado que otorga desgravación a nivel del accionista, puesto que los residentes del primer Estado se beneficiarían de un crédito fiscal (de hecho, una devolución del impuesto sobre sociedades) por los dividendos procedentes del otro Estado, en tanto que no lo obtendrían por los dividendos obtenidos en su propio país. Sin embargo, estas consecuencias son similares a las que resultan entre un Estado que aplique impuesto sobre sociedades con doble tipo y un Estado con sistema clásico, o entre dos Estados con sistema clásico cuando uno de ellos grave a las sociedades a un tipo inferior que el otro (párrafos 42 y 43 a 46 anteriores).

53. Por otra parte, muchos países miembros enfatizaron el hecho de que la determinación de la verdadera naturaleza de la desgravación fiscal acordada en los sistemas fiscales de los Estados a que se refiere el párrafo 50 anterior revela una mera disminución del impuesto sobre la renta del accionista a fin de tener en cuenta que el dividendo que percibe normalmente ya habrá soportado el impuesto sobre sociedades. El crédito fiscal que se otorga es un importe fijo por lo que no se corresponde exactamente con el impuesto sobre sociedades

correspondiente a los beneficios con cargo a los que se paga el dividendo. No hay devolución si el crédito fiscal excede del importe del impuesto personal sobre la renta.

54. Puesto que la desgravación, en esencia, no constituye una devolución del impuesto sobre sociedades sino una reducción del impuesto sobre la renta de las personas físicas, no se considera la extensión de su beneficio a los accionistas no residentes que no están sujetos al impuesto sobre la renta de las personas físicas en los países en cuestión. Por el contrario, en esta línea argumental, la cuestión que merece atención es si los Estados que otorgan una desgravación a nivel del accionista deben concederla contra el impuesto sobre la renta de las personas físicas exigido a los accionistas residentes respecto de los dividendos de origen extranjero. A este respecto, es preciso señalar que la respuesta es afirmativa si la cuestión se analiza desde el punto de vista de la neutralidad en cuanto al origen de los dividendos; en caso contrario, se estará incitando a los residentes de estos Estados a adquirir acciones en su propio país antes que en el extranjero. Pero tal extensión del crédito fiscal pudiera ser contraria al principio de la reciprocidad: el Estado considerado no solo estaría haciendo un sacrificio presupuestario unilateral (permitiendo un crédito fiscal más allá de la retención en la fuente efectuada en el otro Estado), sino que además lo haría sin una compensación económica pues no estará estimulando a los residentes del otro Estado a adquirir acciones en su propio territorio.

55. Para superar estas objeciones cabe proponer, entre otras posibilidades, que el Estado de la fuente, que habrá percibido el impuesto de sociedades sobre los dividendos distribuidos por las sociedades residentes, soporte el coste del crédito fiscal que conceda el Estado que permite la desgravación a nivel del accionista, trasfiriendo fondos a ese Estado. Pero como los Estados no suelen estar a favor de tales transferencias, esto mismo se puede lograr de una manera más simple a través de un arreglo "pactado", por el cual el Estado de la fuente renuncie a toda retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos a los residentes del otro Estado, y este último impute entonces contra su propio impuesto, no ya la retención en la fuente del 15 por ciento (suprimida en el Estado de la fuente), sino un crédito fiscal análogo a aquel que concede por los dividendos de fuente nacional.

56. Considerado todo lo anterior, parece que el problema solo puede resolverse en las negociaciones bilaterales, donde se está mejor situado para apreciar la importancia de los respectivos sacrificios y de las ventajas que el Convenio implica para cada Estado contratante.

57. [Suprimido.]

58. [Suprimido.]

B. Dividendos distribuidos a sociedades

59. Lo anteriormente expuesto en relación con los dividendos pagados a personas físicas es, en general, aplicable a los dividendos pagados a sociedades que tengan al menos del 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos. El tratamiento de los dividendos pagados a instituciones de inversión colectiva plantea conflictos específicos que se abordan en los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1.

60. Para los dividendos pagados a sociedades que tengan al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos, el Comité ha examinado la repercusión que tienen los sistemas especiales de imposición de sociedades citados en los párrafos 42 y siguientes sobre el tratamiento fiscal de los dividendos pagados por la filial.

61. Se expresaron diversas opiniones a lo largo de la discusión. Las divergencias surgieron incluso cuando la discusión se limitó al examen de la imposición de las sociedades filiales y de las sociedades matrices. Estas diferencias se acentúan aún más si se tienen en cuenta consideraciones económicas más generales y se incluye también en el examen la imposición de los accionistas de la sociedad matriz.

62. En sus convenios bilaterales, los Estados han adoptado diferentes soluciones que han venido determinadas por los objetivos económicos y las particularidades de la situación jurídica de esos Estados, por consideraciones en materia presupuestaria y por otra serie de factores. No se ha llegado, por tanto, a la formulación de principios de aceptación general. Sin embargo, el Comité ha examinado la situación de los sistemas más usuales de imposición de sociedades.

1. *Sistema clásico en el Estado de la filial*
(párrafo 42 anterior)

63. Las disposiciones del Convenio se han redactado para aplicarse cuando el Estado donde resida la sociedad que distribuye el dividendo tenga un sistema de imposición de sociedades del tipo "clásico"; es decir, un sistema en el cual los beneficios distribuidos no tienen ningún beneficio fiscal ni al nivel de la sociedad ni al del accionista (salvo para evitar la imposición en cascada de los dividendos intersocietarios).

2. *Sistema de doble tipo impositivo en el Estado de la filial*
(párrafos 43 al 46 anteriores)

64. Estos Estados aplican el impuesto de sociedades sobre los beneficios distribuidos a un tipo inferior que el que se aplica a los beneficios no distribuidos, de donde resulta una carga fiscal menor para los beneficios distribuidos por una filial a su sociedad matriz. Teniendo en cuenta esta situación, la mayoría de estos Estados ha mantenido en sus convenios el tipo impositivo en la fuente al 10 o 15 por ciento, e incluso en ciertos casos a más del 15 por ciento. No ha sido posible aunar criterios en el seno del Comité, por lo que la solución al respecto deberá alcanzarse en las negociaciones bilaterales.

3. *Sistema de imputación en el Estado de la filial*
(párrafos 47 y siguientes)

65. En estos Estados la sociedad está sometida al impuesto por el total de sus beneficios, se distribuyan o no; el accionista residente del Estado del que la sociedad distribuidora es también residente está sujeto al impuesto por los dividendos que se le han distribuido, pero disfruta de un crédito fiscal por el hecho de que los beneficios distribuidos han sido gravados a nivel de la sociedad.

66. La cuestión analizada es si los Estados de este tipo deben extender el beneficio del crédito fiscal a los accionistas de sociedades matrices residentes de otro Estado, o incluso reconocer el crédito fiscal directamente a esas sociedades matrices. No ha sido posible aunar criterios en el seno del Comité, por lo que la solución al respecto deberá alcanzarse en las negociaciones bilaterales.

67. Si en tal sistema los beneficios, distribuidos o no, se gravan al mismo tipo, el sistema en cuestión no difiere del sistema "clásico" al nivel de la sociedad distribuidora. En conse-

cuencia, el Estado del que es residente la sociedad filial tiene que limitar su retención en la fuente al tipo previsto en el subapartado *a)* del apartado 2.

IV. Distribuciones procedentes de sociedades de inversión en el mercado inmobiliario

67.1. En muchos Estados, una gran parte de las inversiones en carteras de bienes inmuebles se realiza a través de las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario. Esta figura puede definirse, sin demasiada precisión, como una sociedad, un fideicomiso o un negocio jurídico instrumentado como contrato o fiducia, con pluralidad de propietarios o partícipes, que obtiene sus rentas fundamentalmente de la inversión a largo plazo en bienes inmuebles, de las que distribuye anualmente la mayor parte, y que no paga impuesto sobre la renta por razón de las rentas así distribuidas relacionadas con los bienes inmuebles. El hecho de que estas sociedades de inversión en el mercado inmobiliario no paguen impuesto alguno sobre esas rentas es el resultado de la normativa tributaria que establece un único nivel de imposición al nivel de los inversores en la sociedad.

67.2. La importancia y la globalización de las inversiones realizadas en las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario y a través de ellas han llevado al Comité de Asuntos Fiscales a examinar las implicaciones de dichas inversiones sobre los convenios. Los resultados de este trabajo se recogen en el Informe titulado "Tax Treaty Issues Related to REITs" ("Cuestiones tributarias relacionadas con las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario").[8]

67.3. Una cuestión debatida en el Informe es el tratamiento tributario que conceden los convenios a las distribuciones transfronterizas efectuadas por las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario. En el caso de un pequeño inversor en una de estas sociedades, este no tiene ni control sobre los bienes inmuebles adquiridos por la sociedad ni relación con el bien. A pesar de que la sociedad de inversión en el mercado inmobiliario no pagará impuestos respecto de las rentas que distribuya, puede ser adecuado considerar que dicho inversor no ha invertido en bienes inmuebles, sino que simplemente ha invertido en una sociedad, por lo que debe ser tratado como perceptor de un dividendo de una cartera de inversiones. Al considerarlo de este modo se estaría atendiendo a la composición mixta de las inversiones de la sociedad de inversión inmobiliaria, que combina características tanto de acciones como de obligaciones. Por el contrario, un gran inversor en una sociedad de inversión inmobiliaria tendrá un interés más concreto en el bien inmueble adquirido por la sociedad; para ese inversor, la inversión en la sociedad de inversión en el mercado inmobiliario puede verse como sustitutiva de la inversión en el bien subyacente a dicha sociedad. En este caso no parece adecuado restringir la tributación en fuente de la distribución efectuada por la sociedad, dado que esta, por sí misma, no pagará impuestos sobre sus rentas.

67.4. Los Estados que deseen obtener este resultado pueden acordar bilateralmente la sustitución del apartado 2 del artículo por el siguiente:

> 2. Sin embargo, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado conforme a su legislación, pero si el beneficiario

[8] Reproducido en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, en la página R(23)-1.

efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante (distinto del beneficiario efectivo de los dividendos pagados por una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario en la que dicha persona tenga, directa o indirectamente, una participación en el capital que constituya al menos el 10 por ciento del valor de todo el capital invertido), el impuesto así exigido no podrá exceder del:

a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos (excluidas la sociedades de inversión en el mercado inmobiliario), durante un período de 365 días que comprenda el día de pago de los dividendos (para calcular dicho período no se tendrán en cuenta los cambios en la propiedad que pudieran derivarse directamente de una reestructuración empresarial, tales como una fusión o escisión, de la sociedad que posee las acciones o que paga los dividendos);

b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Conforme a esta disposición, un gran inversor en una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario es un inversor que posee, directa o indirectamente, un capital que representa al menos el 10 por ciento del valor de todo el capital de la sociedad de inversión en el mercado inmobiliario. Naturalmente, los Estados pueden acordar bilateralmente utilizar un umbral distinto. Asimismo, la disposición se aplica a todas las distribuciones efectuadas por una sociedad de este tipo; sin embargo, en el caso de distribuciones de ganancias de capital, la legislación interna de algunos países establece distintos umbrales para diferenciar entre un gran inversor y un pequeño inversor que pueda acogerse al tipo impositivo aplicable a los dividendos de una cartera de inversiones. Estos países querrán modificar la disposición a fin de conservar tal distinción en sus convenios. Finalmente, dado que resultaría inadecuado restringir la tributación en la fuente en las distribuciones efectuadas por las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario a los grandes inversores, la redacción del subapartado *a*) excluye de su ámbito de aplicación los dividendos pagados por una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario. Por consiguiente, este subapartado no puede aplicarse nunca a tales dividendos, aun cuando una sociedad que no poseyera capital que represente el 10 por ciento o más del valor del capital total de una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario poseyera al menos el 25 por ciento de su capital, calculado conforme al párrafo 15 anterior. Por tanto, el Estado de la fuente podrá someter a imposición tales distribuciones realizadas a grandes inversores, con independencia de las restricciones impuestas por los subapartados *a*) y *b*).

67.5. Sin embargo, cuando la sociedad de inversión en el mercado inmobiliario constituida en uno de los Estados contratantes no pueda considerarse como sociedad residente del mismo, será necesario modificar la disposición a fin de garantizar su aplicación a las distribuciones efectuadas por dicha sociedad.

67.6. Por ejemplo, si la sociedad de inversión en el mercado inmobiliario no puede considerarse como residente del Estado, los apartados 1 y 2 del artículo tendrán que modificarse como sigue a fin de lograr ese resultado:

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante, o por una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario constituida conforme a su legislación interna, a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado conforme a su legislación o, en el caso de una so-

ciedad de inversión en el mercado inmobiliario, según la legislación del Estado en que se haya constituido, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante (distinto del beneficiario efectivo de los dividendos pagados por una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario en la que dicha persona posea, directa o indirectamente, una participación en el capital que constituya al menos el 10 por ciento del valor de todo el capital invertido), el impuesto así exigido no podrá exceder del:

a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos (excluidas las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario) durante un período de 365 días que comprenda el día de pago de los dividendos (para calcular dicho período no se tendrán en cuenta los cambios en la propiedad que pudieran derivarse directamente de una reestructuración empresarial, tales como una fusión o escisión, de la sociedad que posee las acciones o que paga los dividendos);

b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

67.7. De forma similar, para poder obtener ese mismo resultado cuando la sociedad de inversión en el mercado inmobiliario adopta la forma de fideicomiso o de negocio jurídico instrumentado como contrato o fiducia, y no pueda considerársela como una sociedad, los Estados pueden acordar bilateralmente incluir en la versión alternativa al apartado 2, expuesta en el párrafo 67.4 anterior, una disposición adicional redactada en los siguientes términos:

A los efectos de este Convenio, cuando una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario constituida de conformidad con la legislación de un Estado contratante distribuya rentas a un residente del otro Estado contratante y este sea el beneficiario efectivo de la distribución, tal distribución de renta se tratará como un dividendo pagado por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar.

En virtud de esta disposición adicional, la distribución en cuestión se tratará como un dividendo y no, por tanto, como otro tipo de renta (por ejemplo, rentas procedentes de bienes inmuebles o ganancias de capital) a los efectos de la aplicación del artículo 10 y de los restantes artículos del Convenio. No obstante, es obvio que tal disposición no modifica la caracterización de la distribución a los efectos de la legislación interna, de modo que el tratamiento otorgado por esta no se verá afectado salvo por lo que respecta a la aplicación de las limitaciones impuestas por las disposiciones pertinentes del Convenio.

Observaciones a los Comentarios

68. Canadá y el Reino Unido no se adhieren al párrafo 24 anterior. Conforme a su legislación interna, ciertos pagos de intereses se tratan como distribuciones de beneficios, por lo que se incluyen en la definición de dividendos.

Reservas al artículo

Apartado 2

69. *Japón* se reserva el derecho a no aplicar el tipo correspondiente a los beneficios procedentes de inversiones directas a los dividendos que puedan deducirse al calcular la renta imponible de la sociedad que paga los dividendos en el Estado contratante en el que esta reside.

70. *Estados Unidos* se reserva el derecho a conceder el tipo impositivo del 5 por ciento sobre los dividendos únicamente cuando se hayan satisfecho los criterios de titularidad y residencia durante los períodos que se prescriban.

71. *Estados Unidos* se reserva el derecho a gravar los dividendos pagados por una "entidad expatriada" a una persona relacionada conforme a su legislación interna durante un período de hasta 10 años.

72. *Estados Unidos* se reserva el derecho a negar a los accionistas de determinadas entidades transparentes, tales como las *Regulated Investment Companies* y los *Real Estate Investment Trusts*, el tipo correspondiente a los dividendos procedentes de inversiones directas, aun cuando les corresponda por el porcentaje de su participación.

73. *Alemania* y *Portugal* se reservan el derecho a excluir a las sociedades de personas del ámbito de aplicación del subapartado *a*) del apartado 2, tal como estaba previsto en el Modelo de Convenio Tributario antes de 2017.

74. A la vista de este particular régimen impositivo, *Chile* se reserva su libertad de acción en lo que respecta a las disposiciones del Convenio relacionadas con el porcentaje y método de distribución de los beneficios por las sociedades.

75. *Israel, Letonia, México, Portugal* y *Turquía* formulan una reserva respecto de los tipos impositivos previstos en el apartado 2.

76. *Australia, Estonia, Japón* y *Letonia* se reservan el derecho a no incluir la obligación, para las autoridades competentes, de determinar el modo de aplicación del apartado 2 de común acuerdo.

77. *Polonia* formula una reserva sobre el porcentaje mínimo de participación (25 por ciento) y sobre los tipos impositivos (5 por ciento y 15 por ciento).

77.1. *Luxemburgo* se reserva el derecho a no incluir el período de tenencia previsto en el subapartado *a*) del apartado 2.

Apartado 3

78. *Bélgica* se reserva el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3, de manera que incluya expresamente las rentas –incluso las abonadas en forma de intereses– sujetas, conforme a su legislación interna, al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones.

79. *Dinamarca* se reserva el derecho a considerar como dividendos, en ciertos casos, las cantidades obtenidas de la venta de acciones.

80. *Francia* y *México* se reservan el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3, de manera que abarque todas las rentas sujetas al régimen tributario de las distribuciones.

81. *Alemania* y *Canadá* se reservan el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3, con el fin de incluir ciertos pagos de intereses considerados como distribuciones de beneficios en su legislación interna.

81.1. *Portugal* se reserva el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3, con el fin de incluir ciertos pagos, efectuados bajo acuerdos de participación en los beneficios, que se consideran como distribuciones de beneficios en su legislación interna.

81.2. *Chile* y *Luxemburgo* se reservan el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3 para incluir ciertos pagos que se consideran como distribuciones de beneficios en su legislación interna.

82. *Israel* se reserva el derecho a excluir de la definición de dividendos del apartado 3 los pagos efectuados por las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario residentes de Israel, así como el derecho a gravar dichos pagos conforme a su legislación interna.

82.1. *Estonia*, *Japón* y *Letonia* se reservan el derecho a reemplazar, en el apartado 3, los términos "rendimientos derivados de otras participaciones societarias" por "dividendos derivados de otras participaciones".

82.2. *Australia* se reserva el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3 para incluir otros importes que su legislación interna somete al mismo régimen fiscal que las rentas procedentes de acciones.

Apartado 5

83. *Canadá* y *Estados Unidos* se reservan el derecho a gravar con su impuesto sobre sucursales las rentas de una sociedad atribuibles a un establecimiento permanente situado en sus territorios. Canadá se reserva también el derecho a gravar con el citado impuesto los beneficios atribuibles a la enajenación de bienes inmuebles situados en Canadá por una sociedad dedicada al negocio inmobiliario.

84. [Suprimido.]

85. *Turquía* se reserva el derecho a gravar de forma equivalente a la prevista en el apartado 2 del artículo, aquella parte de los beneficios de una sociedad del otro Estado contratante que realice una actividad económica a través de un establecimiento permanente situado en Turquía que quede tras aplicar el impuesto conforme a las disposiciones del artículo 7.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 11
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS INTERESES

I. Observaciones preliminares

1. En su acepción general, el término "intereses" designa las remuneraciones por las cantidades prestadas que deben incluirse en la categoría de "rentas de los capitales mobiliarios". A diferencia de lo que sucede con los dividendos, los intereses no soportan una doble imposición económica; es decir, no tributan al mismo tiempo en manos del deudor y del acreedor. Salvo que se pacte lo contrario en el contrato, el pago del impuesto que grava los intereses corresponde al perceptor de los mismos. Si el deudor se compromete a asumir el pago del impuesto exigible en la fuente, es como si aceptase pagar a su acreedor un interés adicional equivalente a dicho impuesto.

2. Sin embargo, al igual que en el caso de los dividendos, el impuesto correspondiente a los intereses respecto de bonos, obligaciones o préstamos se exige normalmente por retención en fuente en el momento del pago de los intereses. Este procedimiento se emplea de ordinario por razones de orden práctico, pudiendo considerarse el pago del impuesto retenido en la fuente como un pago a cuenta del impuesto al que está sujeto el perceptor de los intereses por la totalidad de sus rentas o beneficios. Si el perceptor de los intereses reside en el país que efectúa la retención en la fuente, la doble imposición que pueda sufrir se resuelve mediante disposiciones de la legislación interna. Pero el problema es distinto cuando es residente de otro país: ya que está expuesto a soportar dos veces el impuesto correspondiente a esos intereses, una en el Estado de la fuente y otra en el Estado del que es residente. Es evidente que esta doble carga fiscal puede reducir considerablemente los intereses sobe los capitales prestados, perjudicando así el movimiento de capitales y el desarrollo de las inversiones internacionales.

3. Una fórmula que reservase la imposición exclusiva de los intereses a un Estado, ya sea al de residencia del beneficiario o al Estado de la fuente, no podría garantizar su aprobación general. En consecuencia, se adoptó una solución de compromiso. Esta prevé que los intereses pueden someterse a imposición en el Estado de residencia, pero deja al Estado de la fuente el derecho a exigirlos si su legislación así lo prevé; este derecho lleva implícito que el Estado de la fuente puede renunciar a gravar los intereses pagados a no residentes. No obstante, el ejercicio de este derecho estará limitado por un umbral que su impuesto no puede sobrepasar; pero huelga decir que los Estados contratantes pueden acordar una imposición aún más reducida en el Estado de la fuente. El sacrificio que este último Estado consentirá en tales condiciones, se compensará con la desgravación que el Estado de residencia concederá para tener en cuenta el impuesto exigido en el Estado de la fuente (véase el artículo 23A o el 23B).

4. En lo que respecta a la imposición del deudor, algunos países únicamente permiten la deducción de los intereses pagados si su perceptor reside en el mismo Estado o está sujeto a imposición en ese Estado, denegándola en caso contrario. En el apartado 4 del artículo 24 se trata la cuestión de si dicha deducción debe permitirse también en el supuesto de que los intereses sean pagados por un residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

5. El apartado 1 formula el principio de que los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este último Estado. Con ello no se prevé un derecho exclusivo de gravamen en favor del Estado de residencia. El término "pagados" tiene un sentido muy amplio ya que el concepto de pago significa ejecutar la obligación de poner fondos a disposición del acreedor en la forma prevista por el contrato o por los usos.

6. El artículo trata solo de los intereses procedentes de un Estado contratante y no se aplica, pues, a los intereses procedentes de un tercer Estado. Los intereses procedentes de un Estado contratante que sean atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa del citado Estado tenga en el otro Estado contratante pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar en virtud del apartado 2, pero también pueden someterse a imposición en el otro Estado en virtud del apartado 1 del artículo 7 (véanse los párrafos 9 y 9.1 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B en relación con la eliminación de la doble imposición en tales casos).

Apartado 2

7. El apartado 2 reserva el derecho del Estado fuente de los intereses a gravarlos; pero limita el ejercicio de ese derecho fijando un límite máximo a la imposición que no puede sobrepasar el 10 por ciento. Este tipo parece constituir un máximo razonable si se considera que el Estado de la fuente está habilitado para gravar los beneficios o rentas producidas en su territorio por las inversiones financiadas con cargo a capitales tomados en préstamo. Los Estados contratantes pueden acordar, vía negociaciones bilaterales, un tipo impositivo inferior o la imposición exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario, respecto de todo tipo de intereses pagados o, como se explica a continuación, respecto de determinadas categorías de interés.

7.1. En ciertos casos, el enfoque adoptado en el apartado 2, que es el de permitir la tributación en la fuente de los pagos de intereses, puede constituir un obstáculo para el comercio internacional o puede considerarse inadecuado por otros motivos. Por ejemplo, cuando el beneficiario de los intereses tiene que acudir al crédito para financiar la operación que genera los intereses, el beneficio generado con los intereses será muy inferior al importe nominal cobrado; si el importe de los intereses pagados iguala o excede al de los intereses recibidos no habrá beneficio en absoluto o incluso una pérdida. El problema, en este supuesto, no puede solucionarlo el Estado de residencia, dado que el impuesto recaudado en ese Estado, en el que el beneficiario tributa respecto del beneficio neto derivado de la operación, será escaso o nulo. El problema surge porque el impuesto en el Estado de la fuente se exige sobre el importe bruto de los intereses, con independencia de los gastos incurridos en su obtención. Con el fin de evitar tal problema, los acreedores tienden, en la práctica, a trasladar al deudor la carga impositiva establecida por el Estado de la fuente sobre los intereses y, por consiguiente, a aumentar el tipo de interés cargado al deudor, cuya carga financiera se agrava en la cuantía correspondiente al impuesto exigible en el Estado de la fuente.

7.2. Los Estados contratantes pueden estar interesados en añadir un apartado adicional para regular la tributación exclusiva de determinados intereses en el Estado de residencia del beneficiario. El preámbulo de ese apartado, al que seguirían los subapartados que describen los distintos intereses sometidos a esa tributación (véase a continuación) podría redactarse como sigue:

> 3. No obstante las disposiciones del apartado 2, los intereses mencionados en el apartado 1 serán gravables exclusivamente en el Estado contratante del que sea residente su perceptor si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente de ese Estado y:
>
> *a*) [descripción de la categoría de intereses que corresponda]...

7.3. A continuación se enumeran algunas categorías de intereses que los Estados contratantes podrían querer considerar a los efectos del párrafo 7.2 anterior.

Interés pagado a un Estado o a sus subdivisiones políticas y a los Bancos centrales

7.4. Algunos Estados se abstienen de gravar la renta obtenida por otros Estados y por algunas de sus entidades públicas (por ejemplo un banco central constituido como entidad independiente), al menos en la medida en que esa renta se obtenga de actividades de naturaleza pública. Algunos Estados pueden otorgar esa exención en virtud de su interpretación del principio de inmunidad soberana (véanse los párrafos 52 y 53 de los Comentarios al artículo 1), otros pueden hacerlo siguiendo las disposiciones de su legislación interna. Muchos Estados desean confirmar o aclarar en sus convenios bilaterales el alcance de esas exenciones con relación a los intereses, o conceder la exención en los casos en los que no pueda optarse a ella de otro modo. Los Estados que deseen proceder de ese modo pueden acordar la inclusión de la siguiente categoría de intereses en un apartado que establezca la exención de ciertos intereses en el Estado de la fuente:

> *a)* es ese Estado o el Banco Central, una de sus subdivisiones políticas o una de sus entidades locales;

Interés pagado por un Estado o por sus subdivisiones políticas

7.5. Cuando el pagador de los intereses resulta ser el propio Estado, una de sus subdivisiones políticas o una entidad de derecho público, el resultado final podría ser que el impuesto exigido en la fuente fuera soportado de hecho por ese Estado si el prestamista incrementara el tipo de interés para resarcirse del impuesto exigido en la fuente. En ese caso, el beneficio que obtiene el Estado que somete el interés a un gravamen en la fuente se elimina por el incremento en su coste de financiación. Por ese motivo, muchos Estados establecen que ese interés estará exento de tributación en la fuente. Los Estados que deseen proceder de esa manera pueden acordar la inclusión de la siguiente categoría de intereses en un apartado que establezca la exención de ciertos intereses en el Estado de la fuente:

> *b)* si los intereses los paga el Estado en el que se generan, o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, o una entidad de derecho público;

En esta disposición propuesta, la expresión “entidad de derecho público” hace referencia a cualquier institución del sector público. En función de la legislación interna y de la terminología utilizada en cada Estado, algunos preferirán las expresiones de “Agencia u Organismo” o “persona jurídica de derecho público” para designar esas instituciones.

Interés derivado de programas de financiación de las exportaciones

7.6. Muchos Estados, con el fin de promover el comercio internacional, han establecido programas de fomento de la exportación o agencias dedicadas a conceder préstamos directamente o a asegurar o garantizar préstamos concedidos por prestamistas comerciales. Dado que este tipo de financiación se asienta sobre fondos públicos, algunos Estados establecen bilateralmente que los intereses derivados de préstamos acogidos a estos programas deben quedar exentos de tributación en la fuente. Los Estados que deseen proceder de esa manera pueden acordar la inclusión de la siguiente categoría de intereses en un apartado que establezca la exención de ciertos intereses en el Estado de la fuente:

> *c)* Si el interés se paga respecto de un préstamo, una deuda o un crédito cuyo acreedor sea ese Estado, una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, o una agencia de financiación de exportaciones o que haya sido concedido, garantizado o asegurado por cualquiera de los anteriores;

Interés pagado a instituciones financieras

7.7. El problema descrito en el párrafo 7.1, que esencialmente nace del hecho de que la tributación en la fuente se exige habitualmente sobre el importe bruto de los intereses y por consiguiente hace caso omiso del verdadero importe de la renta obtenida en la operación por la que se pagan los intereses, cobra especial importancia en el caso de instituciones financieras. Por ejemplo, un banco por lo general financia el préstamo que concede con fondos que le han sido prestados y, en particular, por fondos aceptados en forma de depósito. Dado que el Estado de la fuente, al determinar el importe del impuesto correspondiente a los intereses, no tendrá normalmente en cuenta el coste de financiación en el que incurre el banco, el importe del impuesto puede impedir que se realice la operación, salvo que sea el deudor quien soporte el impuesto. Por esta razón, muchos Estados establecen que el interés pagado a una institución financiera, tal que un banco, estará exento de imposición en la fuente. Los Estados que deseen proceder de esa manera podrán acordar la inclusión de la siguiente categoría de intereses en un apartado que establezca la exención de ciertos intereses en el Estado de la fuente:

> *d)* es una institución financiera;

Interés en las ventas a crédito

7.8. Los inconvenientes descritos en el párrafo 7.1 también surgen frecuentemente en el caso de ventas a crédito de bienes de equipo y de otras ventas comerciales a crédito. En estos casos el proveedor se limita frecuentemente a repercutir al comprador, sin ninguna carga adicional, el precio que él mismo ha tenido que pagar a un banco o a una agencia de financiación de exportaciones para financiar el crédito. En estos casos, el interés es más un elemento del precio de venta que la renta del capital invertido. De hecho, en muchos casos, el interés incorporado en los distintos vencimientos de pago será difícilmente deslindable del precio de venta propiamente dicho. Por este motivo, los Estados pueden estar interesados en incluir los intereses procedentes de estas ventas a crédito en un apartado que establezca la exención de ciertos intereses en el Estado de la fuente, lo que puede lograrse por medio del siguiente subapartado:

> *e)* si el interés se paga en relación con el endeudamiento derivado de la venta a crédito de cualquier equipo, mercancía o servicios;

7.9. Las ventas a crédito contempladas en la disposición sugerida en el párrafo anterior comprenden no solamente las ventas de unidades completas, sino también las de los componentes individuales que las integran. Las ventas financiadas a través de una línea de crédito concedida por un vendedor a un cliente constituyen igualmente ventas a crédito a los efectos de esta disposición. Además, es indiferente que el interés se estipule separadamente en adición al precio de venta o que esté comprendido desde el principio en el precio pagadero a plazos.

Interés satisfecho a determinadas entidades exentas (por ejemplo, fondos de pensiones)

7.10. De acuerdo con las leyes internas de muchos Estados, los fondos de pensiones y entidades similares quedan exentos con carácter general de impuestos sobre las rentas derivadas de sus inversiones. Con el fin de que estas entidades puedan conseguir un tratamiento neutral de sus inversiones nacionales y extranjeras, algunos Estados prevén, de forma bilateral, que las rentas obtenidas por una de estas entidades residente del otro Estado, incluyendo los intereses, queden también exentas de tributación en la fuente. Los Estados que deseen proceder de este modo pueden convenir bilateralmente una disposición redactada sobre la base de la disposición que se halla en el párrafo 69 de los comentarios al artículo 18.

7.11. Los Estados contratantes que no deseen dejar totalmente exentas todas o alguna de las categorías de intereses antes mencionadas, si pueden querer aplicar a las mismas un tipo impositivo inferior al establecido en el apartado 2 (esta alternativa no parece sin embargo la más práctica en el caso del interés pagado por un Estado, o por una de sus subdivisiones políticas o entidades de derecho público). En este caso, el apartado 2 podría redactarse como sigue:

> 2. Sin embargo, los intereses procedentes de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado conforme a su legislación, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder:
>
> *a)* [*tipo impositivo inferior*] por ciento del importe bruto de los intereses en el caso de intereses pagados [*descripción de la categoría de intereses que corresponda*]...
>
> *b)* del 10 por ciento del importe bruto de los intereses en todos los demás casos.
>
> Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán el modo de aplicación de estos límites de común acuerdo.

Si los Estados contratantes estuvieran de acuerdo en dejar exentas algunas de las categorías de intereses citadas, esta disposición alternativa vendría seguida de un apartado 3 según lo indicado en el párrafo 7.2 anterior.

7.12. Los Estados contratantes pueden añadir a las categorías de intereses enumeradas en los párrafos anteriores otras clases de intereses respecto de los que la aplicación de un impuesto en el Estado de la fuente les resulte inconveniente.

8. El Proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS) y, en concreto, el Informe final sobre la Acción 6[1] elaborado como parte de ese proyecto, han abordado un cierto número de abusos relacionados con situaciones como

[1] OCDE (2016) *Impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales, Acción 6 - Informe final 2015*, OCDE Publishing, París, DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es.

la siguiente: el beneficiario efectivo de los intereses procedentes de un Estado contratante es una sociedad residente del otro Estado contratante, cuyo capital pertenece, en todo o en parte, a accionistas no residentes de este otro Estado. Su práctica habitual es la de no distribuir sus beneficios en forma de dividendos y goza de un régimen fiscal preferente. Si bien el artículo 29, incluido en el Convenio como resultado del Informe final sobre la Acción 6, aborda los aspectos de ese caso relacionados con las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, los Estados que deseen denegar los beneficios del artículo 11 a los intereses que se beneficien de un tratamiento fiscal preferente en el Estado de residencia pueden considerar incluir en sus convenios disposiciones como las descritas en los párrafos 82 a 100 de los Comentarios al artículo 1.

9. La condición de beneficiario efectivo se incorporó al apartado 2 del artículo 11 para explicar el significado de las palabras "pagados a un residente" tal y como se utilizan en el apartado 1 del artículo. El término aclara que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a gravar las rentas percibidas en concepto de intereses por el mero hecho de que se paguen directamente a un residente de un Estado con el que el Estado de la fuente tenga suscrito un convenio.

9.1. Dado que el término "beneficiario efectivo" se introdujo para abordar las posibles dificultades del uso de las palabras "pagados a un residente" del apartado 1, lo que se pretende es su interpretación en este contexto y no como una referencia al significado técnico que pueda tener conforme a la legislación interna de un país concreto (de hecho, cuando se añadió al apartado, el término no tenía un significado preciso en la legislación de muchos países). Por tanto, el término "beneficiario efectivo" no se utiliza en un sentido técnico estricto (como el que le atribuye el derecho fiduciario de muchos países de derecho consuetudinario[2]), sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz del objeto y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

10. El Estado de la fuente aplicará a un residente del otro Estado contratante la desgravación o exención del impuesto que corresponda a un elemento de renta para evitar total o parcialmente la doble imposición que, en caso contrario, se hubiera derivado de la imposición concurrente a la que está sujeta esa misma renta en el Estado de residencia. Cuando un elemento de renta se pague a un residente de un Estado contratante que actúa en su calidad de representante o agente designado, sería contradictorio con el objeto y propósito del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o exención basándose únicamente en el estatus de residente del otro Estado contratante del perceptor directo de la renta. En estas circunstancias, cabe considerar al perceptor directo de la renta como residente, sin que se plantee un problema de doble imposición como resultado de su estatus, puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al perceptor como propietario de la renta.

10.1. También sería contradictorio con el objeto y propósito del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de representante o de agente designado, actúa simplemen-

[2] Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen los intereses obtenidos durante un período dado, dichos fiduciarios, en su condición de tales (o el fideicomiso, si tiene la condición de contribuyente independiente), pueden ser los beneficiarios efectivos de esas rentas a los efectos del artículo 11, aun cuando no sean los beneficiarios efectivos conforme al derecho fiduciario aplicable.

te como canalizador en favor de otra persona que se beneficia realmente de la renta en cuestión. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado "Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales" –"Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" / "Les Conventions prèventives de la double imposition et l'utilisation des societés relais"–[3] llega a la conclusión de que, normalmente, no puede considerarse a una sociedad canalizadora de rentas como beneficiario efectivo si, pese a ser la propietaria formal, a efectos prácticos cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en una mera fiduciaria o administradora que actúa por cuenta de las partes interesadas.

10.2. En estos distintos ejemplos (representante, agente designado, sociedad canalizadora de rentas que interviene como fiduciario o administrador) el perceptor directo de los intereses no es el "beneficiario efectivo" porque el derecho del perceptor a hacer disposición de los intereses y a disfrutarlos está limitado por una obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Esta obligación normalmente vendrá impuesta por los documentos jurídicos pertinentes, pero también podrá deducirse de hechos y circunstancias que prueben que, en esencia, el perceptor claramente carece del derecho de hacer disposición del interés y de disfrutarlo sin estar limitado por la obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Este tipo de obligación no comprende las obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el perceptor directo, como una obligación no contingente de la recepción del pago y que el perceptor directo pueda tener en su condición de deudor o de parte en operaciones financieras, o las obligaciones normales de distribución derivadas de instrumentos de previsión para la jubilación y de instituciones de inversión colectiva que tengan derecho a acogerse a los beneficios de los convenios en virtud de los principios enunciados en los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1. Cuando el perceptor de los intereses tenga derecho a hacer disposición de los intereses y a disfrutarlos sin estar limitado por la obligación contractual o jurídica de ceder el pago recibido a un tercero, el perceptor es el "beneficiario efectivo" de los mismos. Conviene señalar también que el artículo 11 hace referencia al beneficiario efectivo de intereses por oposición a los titulares del crédito por el que se pagan los intereses que, en ciertos casos, pueden ser distintas personas.

10.3. Sin embargo, el hecho de que se considere al perceptor de un pago de intereses como beneficiario efectivo de los mismos no significa que deba aplicarse automáticamente la limitación en el impuesto prevista en el apartado 2. Esta limitación del impuesto no debe concederse en casos de abuso (véase también el párrafo 8 anterior). Las disposiciones del artículo 29 y los principios enunciados en el apartado titulado "Uso indebido del Convenio" en los Comentarios al artículo 1 son aplicables para impedir los abusos, incluidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, en los que el perceptor de los intereses es su beneficiario efectivo. Si bien el concepto de "beneficiario efectivo" palía ciertas formas de elusión fiscal (las que comportan la interposición de un perceptor obligado a ceder los intereses a un tercero), no cubre otros tipos de abusos, tales como ciertas estrategias de elusión mediante el abuso de los convenios por terceros a las que se refieren esas disposiciones y principios y, por tanto, no deben considerarse como limitativas en modo alguno de la aplicación de otros planteamientos para resolver esos casos.

[3] Informe reproducido en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, en la página R(6)-1.

10.4. Las explicaciones que preceden relativas al significado del término "beneficiario efectivo" aclaran que debe distinguirse entre el significado dado a este término en el contexto del artículo del significado dado en el contexto de otros instrumentos[4] relativos a la determinación de las personas (normalmente personas físicas) que ejercen el control último sobre las entidades o los activos. No cabe aplicar ese significado distinto del término "beneficiario efectivo" en el contexto del Convenio. De hecho, ese significado, que se refiere a personas físicas, no es compatible con la formulación expresa del subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10, que hace referencia a las situaciones en las que una sociedad es la beneficiaria efectiva de un dividendo. En el contexto de los artículos 10 y 11, el término "beneficiario efectivo" pretende resolver las dificultades que se desprenden de la utilización de las palabras "pagados a" en relación con los dividendos y los intereses, más que las dificultades relacionadas con la propiedad de las acciones o de los créditos respecto de los que se pagan los dividendos o los intereses. Por tanto, sería inoportuno, en el contexto de estos artículos, considerar un significado que remite a las personas físicas que "ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos".[5]

11. A reserva de otras condiciones que se establezcan en este artículo y de las restantes disposiciones del Convenio, la limitación del impuesto del Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario, por ejemplo un representante o un agente designado situado en un Estado contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el beneficiario y el pagador, pero el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante (el texto del Modelo se modificó en 1995 y en 2014 para precisar este punto, que ha constituido la posición que han mantenido todos los Estados miembros).

12. El apartado no se pronuncia sobre el modo de imposición en el Estado de la fuente. Deja, pues, a este Estado la facultad de aplicar su legislación interna y, en concreto, de exigir el impuesto mediante retención en la fuente o por declaración del contribuyente. Las cues-

[4] Véase, por ejemplo, el documento del Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation - The FATF Recommendations* (también disponible en francés: *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération - Les Recommandations du GAFI*) (OECE FATF, París, 2012) [*Normas internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación y proliferación del terrorismo*] que fija en detalle la norma internacional contra el blanqueo de capitales y que incluye la siguiente definición del término beneficiario efectivo en las páginas 110 y 120 de sus versiones en inglés y francés respectivamente: "El propietario o tenedor último, persona física, de un cliente o la persona por cuenta de quien se realiza una operación. E incluye igualmente a las personas que ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos." De forma similar, el informe de 2001 del Grupo director sobre gobernanza corporativa de la OCDE *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (también disponible en francés: *Au-delà des apparences: l'utilisation des entités juridiques à des fins illicites*) (OECD, París, 2001), define el concepto de beneficiario efectivo como sigue (páginas 14 y 16 en sus versiones en inglés y francés, respectivamente):

> En este informe, "beneficiario efectivo" hace referencia a la titularidad o beneficio efectivo final por una persona física. En algunas situaciones, para descubrir al beneficiario efectivo puede ser necesario ir rebasando varias personas físicas o jurídicas intermediarias hasta llegar al verdadero propietario, persona física. En relación con las sociedades de capital, los propietarios son los socios o accionistas. Las sociedades personalistas pertenecen a los socios colectivos y socios comanditarios. En los fideicomisos y las fundaciones, los beneficiarios efectivos son sus beneficiarios, entre los que puede hallarse también al fideicomitente o al fundador.

[5] Véase la definición dada a ese término por el Grupo de Acción Financiera que se cita en la nota anterior.

tiones de procedimiento no se regulan en el presente artículo. Cada Estado debe poder aplicar el procedimiento previsto en su derecho interno (véase no obstante el párrafo 109 de los Comentarios al artículo 1). Los potenciales abusos derivados de situaciones en las que los intereses procedentes de un Estado contratante son atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de otro Estado tenga en un tercer Estado se tratan en el apartado 8 del artículo 29. Los casos triangulares plantean otras cuestiones específicas (véase el párrafo 71 de los Comentarios al artículo 24).

13. El apartado no precisa si la desgravación en el Estado de la fuente debe o no supeditarse a la imposición de los intereses en el Estado de residencia. Esta cuestión puede resolverse por la vía de la negociación bilateral.

14. El artículo no contiene disposición alguna relativa a la manera en que el Estado de residencia del beneficiario deba tener en cuenta la imposición en el Estado de la fuente de los intereses. Esta cuestión se trata en los artículos 23 A y 23 B.

15. [Suprimido.]

16. [Renumerado y modificado.]

17. [Renumerado y modificado.]

Apartado 3

18. El apartado 3 precisa el significado que debe atribuirse al término "intereses" para la aplicación del régimen de imposición definido por el artículo. Este término designa, en general, las rentas de créditos de cualquier naturaleza vayan o no acompañados de garantía hipotecaria o de una cláusula de participación en los beneficios. La expresión "créditos de cualquier naturaleza" engloba evidentemente los depósitos en efectivo y los valores en numerario, así como los títulos públicos, y los bonos y obligaciones, aunque estos tres últimos se mencionen especialmente por razón de su importancia y de ciertas particularidades que pueden comportar. Se admite, por una parte, que los intereses de préstamos hipotecarios entran en la categoría de rentas de capitales mobiliarios, aunque determinados países los asimilen a las rentas procedentes de bienes inmuebles. Por otra parte, los créditos y, particularmente, los bonos y las obligaciones, que otorgan un derecho de participación en los beneficios del deudor, no dejan por ese hecho de considerarse como préstamo si el carácter general del contrato evidencia claramente un préstamo con intereses.

19. Normalmente, los intereses procedentes de obligaciones con derecho a participar en los beneficios, no deben considerarse como dividendos, ni tampoco deben considerarse como tales los intereses procedentes de obligaciones convertibles en tanto que las obligaciones no se conviertan efectivamente en acciones. Sin embargo, los intereses de tales obligaciones deben considerarse como dividendos si los fondos prestados comparten efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad prestataria (véase, entre otros, el párrafo 25 de los Comentarios al artículo 10). En situaciones de presunta subcapitalización, a veces resulta difícil distinguir entre los dividendos y los intereses, y con el fin de evitar cualquier posibilidad de solapamiento entre las categorías de rentas comprendidas, respectivamente, en los artículos 10 y 11, debe entenderse que el término "intereses" en el sentido del artículo 11 no incluye elementos de renta comprendidos en el ámbito del artículo 10.

20. Más concretamente, en lo que concierne a los títulos públicos y a los bonos y las obligaciones, el texto precisa que las primas y lotes unidos a estos títulos constituyen intereses. En términos generales, son intereses generados por las obligaciones y, por tanto, susceptibles de ser gravados como tales en el Estado de la fuente, todo lo que la institución emisora del préstamo abona por encima del montante pagado por el suscriptor, es decir, el interés corriente más, en su caso, las primas de amortización o de emisión. De ello se infiere que, cuando un bono o una obligación se emiten sobre la par, el exceso de importe pagado por el suscriptor sobre la cantidad que se le reembolsa puede constituir un interés negativo que debe deducirse de los intereses declarados a fin de determinar los intereses sujetos a gravamen. Por otro lado, la definición de los intereses no cubre un beneficio o una pérdida que no puedan atribuirse a la diferencia entre lo que el emisor recibe y paga (como, por ejemplo, un beneficio, o una pérdida, que no representen intereses devengados o un descuento o prima de emisión inicial, que el tenedor de un título tal como un bono u obligación, obtiene de su venta a un tercero o por el reembolso del principal de un título que ha adquirido de un tenedor previo por un importe diferente del importe recibido por el emisor del título). Dicho beneficio o pérdida, dependiendo del caso, puede ser un beneficio o pérdida procedente de una actividad económica, una ganancia o pérdida de capital, o una renta comprendida en el ámbito del artículo 21.

20.1. La cantidad que percibe el vendedor de un bono comprende normalmente los intereses devengados, pero aún no exigibles, en el momento de la venta. En la mayoría de los casos, el Estado de la fuente no intentará gravar esos intereses devengados en el momento de la enajenación y únicamente someterá a imposición al adquirente del bono u obligación por el importe total de los intereses pagados posteriormente (por lo general se asume que, en ese caso, el precio que paga el adquirente por el bono tiene en cuenta la futura deuda fiscal del adquirente respecto de los intereses devengados en beneficio del vendedor en el momento de la enajenación). Sin embargo, en determinadas circunstancias, algunos Estados someten a imposición al vendedor de un bono por los intereses devengados en el momento de la enajenación (por ejemplo, cuando el bono se vende a una entidad no sujeta a imposición). Estos intereses devengados están comprendidos en la definición de intereses, por lo que el Estado de la fuente puede someterlos a imposición. Si bien, en ese caso, ese Estado no debe gravar de nuevo ese mismo importe, ya en manos del adquirente del bono, cuando posteriormente el interés sea pagadero.

21. Por otro lado, la definición de intereses contenida en la primera frase del apartado 3 tiene, en principio, un carácter exhaustivo. Ha parecido preferible no añadir al texto una fórmula de remisión subsidiaria a las legislaciones internas; esta manera de operar se justifica por las siguientes consideraciones:

a) la definición abarca prácticamente todas las clases de rentas que las diferentes legislaciones internas consideran como intereses;

b) la fórmula empleada ofrece una mayor seguridad desde el punto de vista jurídico y garantiza que los cambios que se produzcan en el futuro en las legislaciones internas no afectarán a los convenios;

c) en el Modelo de Convenio las remisiones a las legislaciones internas deben evitarse siempre que sea posible.

Queda entendido, sin embargo, que en un convenio bilateral dos Estados contratantes pueden ampliar la fórmula adoptada de forma que abarque cualquier elemento de renta gravado a

título de interés por la legislación interna de cualquiera de ellos pero que no esté cubierto por la definición, y en estas condiciones pueden preferir hacer referencia a sus legislaciones internas.

21.1. La definición de intereses de la primera frase del apartado 3 no es aplicable normalmente a los pagos efectuados respecto de ciertos instrumentos financieros no tradicionales en ausencia de una deuda subyacente (por ejemplo, de los *swaps* de tipo de interés). Sin embargo, la definición será aplicable en la medida en que se presuma la existencia de un préstamo en virtud de reglas de primacía de fondo sobre forma, del principio de abuso del derecho o de otra doctrina similar.

22. La segunda frase del apartado 3 excluye de la definición de intereses las penalizaciones por mora en el pago, pero los Estados contratantes tienen libertad para omitir esta frase y considerar dichas penalizaciones como intereses en sus convenios bilaterales. Estas penalizaciones, que resultan del contrato, de los usos o de una sentencia judicial, consisten en pagos calculados *a prorrata temporis* o en unas cantidades fijas; en ciertos casos, pueden consistir en una combinación de estas dos formas de pago. Aun cuando estos importes se calculen en función del tiempo transcurrido, constituyen más una forma particular de indemnización al acreedor, para compensarle del cumplimiento tardío imputable al deudor, que una renta del capital. Por lo demás se recomienda, por razones de seguridad jurídica y orden práctico, someter a imposición de forma equiparable todas las penalizaciones de este tipo, cualquiera que sea la modalidad de pago. Por otra parte, dos Estados contratantes pueden excluir de la aplicación del artículo 11 las clases de intereses que deseen someter al régimen de los dividendos.

23. Finalmente, se plantea la cuestión de si conviene asimilar las rentas vitalicias a los intereses; y se considera que no. Por un lado, las pensiones vitalicias concedidas en consideración a anteriores trabajos realizados por cuenta ajena están comprendidas en el ámbito del artículo 18 y se someten al régimen de las pensiones. Por otro lado, si bien es cierto que las anualidades de las rentas vitalicias constituidas a título oneroso contienen, a la vez, el interés del capital entregado y la amortización de este capital, constituyendo por tanto estas anualidades "frutos civiles" que se devengan día a día, sería difícil para muchos países trazar la distinción entre la parte de la renta que representa una renta de capital y la que constituye amortización a efectos de gravar solo la primera como renta de los capitales mobiliarios. Las legislaciones fiscales, a menudo, contienen disposiciones especiales que incluyen las rentas vitalicias en las categorías de sueldos, salarios y pensiones, gravándolas en consecuencia.

Apartado 4

24. Algunos Estados consideran que los dividendos, intereses y cánones procedentes de fuentes situadas en su territorio y pagados a personas físicas o jurídicas residentes de otros Estados no están comprendidos en el ámbito de las disposiciones adoptadas para evitar su doble imposición en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia del beneficiario cuando este último tenga un establecimiento permanente en el primero de estos Estados. El apartado 4 no se inspira en esa idea a la que en ocasiones se denomina "fuerza de atracción del establecimiento permanente". No establece que los intereses que reciba un residente de un Estado contratante de una fuente situada en el otro Estado deban relacionarse, en virtud de una especie de presunción o incluso ficción legal, con el establecimiento permanente que este residente pueda tener en este último Estado, de manera que este Estado no queda obligado a limitar

su imposición en tal caso. El apartado se limita a establecer que, en el Estado de la fuente, los intereses son gravables como parte de los beneficios del establecimiento permanente que posee en ese Estado el beneficiario residente del otro Estado, si dichos intereses se pagan por razón de créditos que forman parte del activo de ese establecimiento permanente o, de una u otra forma, están vinculados efectivamente a dicho establecimiento. En ese caso, el apartado 4 libera al Estado de la fuente de los intereses de toda limitación prevista en el artículo. Las explicaciones precedentes coinciden con las contenidas en los Comentarios al artículo 7.

25. Se ha sugerido que el apartado podría dar lugar a abusos mediante la transferencia de préstamos a establecimientos permanentes creados exclusivamente con este propósito en países que ofrecen un tratamiento preferente a las rentas en forma de intereses. Aparte el hecho de que las disposiciones del artículo 29 (y, en concreto, su apartado 8) y los principios enunciados en el apartado titulado "Uso indebido del Convenio" en los Comentarios al artículo 1 se aplicarán normalmente para impedir dichas operaciones abusivas, debe reconocerse que un determinado lugar solo constituye un establecimiento permanente si en él se realiza una actividad económica y, como se explica más adelante, el requisito de que este crédito esté "vinculado efectivamente" a dicho lugar implica algo más que la mera contabilización del crédito en los libros del establecimiento permanente a efectos contables.

25.1. Un crédito respecto del que se paguen intereses estará vinculado efectivamente a un establecimiento permanente, y formará por tanto parte de los activos empresariales, si la propiedad "económica" del crédito se asigna a ese establecimiento permanente conforme a los principios desarrollados en el informe del Comité titulado *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*[6] (véanse en particular los párrafos 72 a 97 de la Parte I del informe) a los efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. En el contexto de ese apartado, la propiedad "económica" del crédito tiene un significado equivalente a la propiedad por una entidad independiente a los efectos del impuesto sobre la renta, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a los intereses atribuibles a la propiedad del crédito y la potencialidad de ganancias o pérdidas derivadas del incremento o reducción del valor del crédito).

25.2. En el caso de un establecimiento permanente de una empresa que desarrolle actividades de seguros, debe determinarse si el crédito está vinculado efectivamente al establecimiento permanente siguiendo las pautas contenidas en la Parte IV del Informe del Comité respecto de si la renta o la ganancia procedentes de dicho crédito se tienen en cuenta para determinar el rendimiento obtenido por el establecimiento permanente del importe de los activos de inversión que se le hayan atribuido (véanse en concreto los párrafos 165 a 170 de la Parte IV). Al tratarse de unas pautas generales, las autoridades fiscales deben considerar la aplicación de un criterio pragmático y flexible que tenga en cuenta la aplicación coherente y razonable de esas pautas por parte de la empresa a los efectos de identificar los activos concretos vinculados efectivamente al establecimiento permanente.

Apartado 5

26. Este apartado establece el principio de que el Estado de la fuente de los intereses es el Estado en el que reside el deudor de los mismos. Sin embargo, prevé una excepción a este

[6] *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, OCDE, París, 2010.

principio para el caso de préstamos generadores de intereses que tengan un vínculo económico evidente con un establecimiento permanente del que el deudor sea propietario en el otro Estado contratante. Si el préstamo se ha contraído para las necesidades de dicho establecimiento permanente y es este quien soporta la carga de los intereses, el apartado determina que la fuente de los intereses se encuentra en el Estado contratante donde esté situado el establecimiento permanente, haciendo abstracción del lugar de residencia del propietario del establecimiento permanente, aun cuando fuera residente de un tercer Estado.

27. El hecho de que no exista un nexo económico entre el préstamo generador de los intereses y el establecimiento permanente determina que el Estado donde esté situado el establecimiento permanente no puede considerarse como el Estado de donde proceden los intereses; no tendrá derecho a gravar estos intereses, ni siquiera dentro de los límites de una "cuota proporcional del impuesto" en función de la importancia del establecimiento permanente. Tal práctica sería incompatible con el apartado 5. Además, la excepción a la regla establecida en la primera frase del apartado 5 no se justifica más que en el caso de que la vinculación económica entre el préstamo y el establecimiento permanente sea suficientemente clara. En este sentido, deben distinguirse varios supuestos posibles:

a) La dirección del establecimiento permanente ha contraído un préstamo que utiliza para las necesidades propias del establecimiento permanente; lo anota en su pasivo y paga los intereses generados por razón del mismo directamente al acreedor.

b) La sede central de la empresa ha contraído un préstamo cuyo producto se destina únicamente a las necesidades de un establecimiento permanente situado en otro país. El pago de los intereses se atiende desde la sede de la empresa, pero la carga definitiva la soporta el establecimiento permanente.

c) La sede central de la empresa contrata el préstamo y varios establecimientos permanentes situados en diferentes países utilizan su producto.

En los supuestos *a)* y *b)* las condiciones impuestas por la segunda frase del apartado 5 se cumplen y el Estado donde está situado el establecimiento se considera como Estado de la fuente de los intereses. Por el contrario, el supuesto *c)* cae fuera de las disposiciones del apartado 5, cuya redacción no permite atribuir más de una fuente a un mismo préstamo. Es más, tal solución generaría grandes complicaciones administrativas y colocaría a los prestamistas en situación de no poder calcular por anticipado las cargas fiscales que gravan los intereses. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que los Estados contratantes puedan restringir la aplicación de la disposición final del apartado 5 a la hipótesis *a)* o extenderla a la hipótesis *c)*.

28. El apartado 5 no aporta soluciones para el supuesto, que queda fuera de sus disposiciones, de que el beneficiario y el deudor sean residentes de los Estados contratantes, pero en el que el préstamo se solicitara para satisfacer las necesidades de un establecimiento permanente que el deudor tenga en un tercer Estado, establecimiento que soporta la carga de los intereses. Tal como está actualmente redactado el apartado 5, en este caso solo se aplicará su primera frase. Los intereses se considerarán procedentes del Estado contratante donde resida el deudor y no del tercer Estado en cuyo territorio se encuentre el establecimiento permanente por cuenta del cual se ha contraído el préstamo y que debe pagar los intereses. Así, los intereses serán gravados a la vez en el Estado contratante de residencia del deudor y en el de residencia del beneficiario. Aunque la doble imposición puede suprimirse en las relaciones entre

estos dos Estados de acuerdo con las modalidades previstas en el artículo, no se eliminará en las relaciones entre ellos y el tercer Estado si este último grava en la fuente los intereses del préstamo cuando el pago lo soporte el establecimiento permanente situado en su territorio.

29. Se ha decidido no abordar ese caso en el Convenio. El Estado contratante de residencia del deudor no está por tanto obligado a renunciar a su imposición en la fuente en beneficio del tercer Estado donde se encuentre el establecimiento permanente por cuenta del cual se ha contraído el préstamo y que soporta la carga de los intereses. Si este no fuera el caso y el tercer Estado no sometiera a imposición en la fuente el interés soportado por el establecimiento permanente, podrían producirse intentos de evitar la imposición en fuente en el Estado contratante mediante el uso de un establecimiento permanente situado en dicho tercer Estado. Aquellos Estados para los cuales esto no es motivo de preocupación y que deseen abordar la cuestión descrita en el párrafo anterior pueden hacerlo acordando utilizar, en su convenio bilateral, la formulación alternativa del apartado 5 propuesta en el párrafo 30 a continuación. El riesgo de doble imposición que acaba de mencionarse podría evitarse también por medio de un convenio multilateral. Además, si en el caso descrito en el párrafo 28, el Estado de residencia del pagador y el tercer Estado, donde está situado el establecimiento permanente por cuenta del cual se ha contraído el préstamo y que soporta el pago de los intereses, reivindican a la vez el derecho a gravar en la fuente los citados intereses, nada se opone a que los dos Estados, así como, eventualmente, el Estado de residencia del beneficiario de los intereses, se pongan de acuerdo para remediar la doble imposición que resultaría de esta situación, utilizando, en su caso, el procedimiento amistoso (según lo previsto en el apartado 3 del artículo 25); véanse los párrafos 38.1 y 55 a 55.2 de los Comentarios al artículo 25).

30. Según se mencionó en el párrafo 29, una doble imposición de ese tipo podría evitarse bien mediante un convenio multilateral o si el Estado de residencia del beneficiario y el Estado de residencia del pagador acordasen redactar el texto de la segunda frase del apartado 5 como sigue, lo cual supondría asegurar que los apartados 1 y 2 del artículo no se aplican a esos intereses, que quedarían entonces a lo dispuesto en los artículos 7 o 21:

> Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga, en un Estado distinto de aquel del que es residente, un establecimiento permanente en relación con el que se ha contraído la deuda generadora de los intereses y que soporta el pago de los mismos, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado donde esté situado el establecimiento permanente.

31. Si dos Estados contratantes, en sus negociaciones bilaterales, acuerdan reservar al Estado de residencia del beneficiario de las rentas el derecho exclusivo a gravarlas, inmediatamente pierde todo interés insertar, en el convenio que regule sus relaciones, la disposición del apartado 5 que define el Estado de la fuente de dichas rentas. Pero también es evidente que, en este caso, la doble imposición no se eliminará completamente si el deudor de los intereses posee un establecimiento permanente, por cuya cuenta se haya contraído el préstamo y que asuma la carga de los intereses, en un tercer Estado que gravase en la fuente los citados intereses. Nos encontraríamos así de nuevo en el supuesto contemplado en los párrafos 28 a 30 anteriores.

Apartado 6

32. Este apartado tiene por objeto limitar el campo de aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de los intereses en el caso de que el importe de estos, en virtud de rela-

ciones especiales que deudor y beneficiario efectivo mantengan entre sí o con terceros, exceda del que se hubiese convenido si el deudor y el beneficiario efectivo hubieran contratado en condiciones de plena competencia. Prevé que, en tal caso, las disposiciones del artículo solo se aplicarán a este último importe y que el exceso será gravable de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante y teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio.

33. De su texto resulta claramente que, para que se aplique esta disposición, es necesario que el interés considerado excesivo se deba a relaciones especiales que existan entre el deudor y el beneficiario efectivo o que ambos mantengan con terceros. A título de ejemplo pueden citarse los casos de intereses pagados a una persona física o jurídica que controle directa o indirectamente al deudor, que esté controlada directa o indirectamente por este o que dependa de un grupo que tenga intereses comunes con él. Por lo demás, estos ejemplos son similares o análogos a los supuestos previstos en el artículo 9.

34. Por otra parte, la noción de relaciones especiales comprende también las relaciones de parentesco por consanguinidad o por afinidad y, en general, toda comunidad de intereses distinta de la relación jurídica que dé lugar al pago de los intereses.

35. En lo que se refiere al régimen aplicable al exceso de los intereses, habrá que apreciar su naturaleza exacta en función de las circunstancias propias de cada caso, a fin de determinar la categoría de renta en que debe enmarcarse con vistas a la aplicación de la legislación tributaria de los Estados interesados y de las disposiciones del Convenio. Este apartado solamente permite el ajuste del tipo de interés y no una recalificación del préstamo que le otorgue el carácter de una participación en el capital. Para que dicho ajuste se pueda hacer conforme al apartado 6 del artículo 11 será necesario, como mínimo, suprimir la frase restrictiva "habida cuenta del crédito por el que se paguen". Si se considera pertinente aclarar esta intención, se podía añadir después de "exceda" una expresión análoga a "por cualquier razón". Cualquiera de estas versiones alternativas será aplicable a las situaciones en las que parte o la totalidad de los intereses pagados sea excesiva porque la cuantía del préstamo o los términos de este (incluyendo el tipo de interés) difieran de lo que se hubiera convenido en ausencia de una relación especial. Sin embargo, este apartado puede afectar no solo al perceptor, sino también al pagador de intereses excesivos y, si la legislación del Estado de la fuente lo permite, podrá denegarse la deducción de las cantidades en exceso, teniendo en cuenta las otras disposiciones aplicables del Convenio. Si dos Estados contratantes encontrasen dificultades para determinar las otras disposiciones del Convenio aplicables, según el caso, al exceso de los intereses, nada les impedirá añadir a la última frase del apartado 6 algunas precisiones suplementarias a condición de no alterar la pretensión general.

36. En el supuesto de que los principios y reglas de sus legislaciones internas obliguen a cada uno de los Estados contratantes a aplicar artículos diferentes del Convenio a efectos de gravar el referido exceso, será necesario acudir al procedimiento amistoso previsto en el Convenio para resolver el problema.

Observaciones a los Comentarios

37. *Canadá* y el *Reino Unido* no se adhieren al párrafo 18 anterior. Conforme a su legislación interna, ciertos pagos de intereses se tratan como distribuciones de beneficios, por lo que se encuentran comprendidos en el artículo 10.

Reservas al artículo

Apartado 2

38. *Chile, Hungría, Israel, Letonia, México, Portugal,* la *República Eslovaca* y *Turquía* formulan una reserva respecto del tipo impositivo previsto en el apartado 2.

39. *Estados Unidos* se reserva el derecho a gravar con su impuesto sobre sucursales los intereses imputables a ganancias de una sociedad atribuibles a un establecimiento permanente situado en su territorio.

40. *Estados Unidos* se reserva el derecho a gravar ciertas formas de intereses contingentes al tipo aplicable a los dividendos derivados de carteras de inversiones en virtud del subapartado *b)* del apartado 2 del artículo 10. También se reserva el derecho a gravar, de acuerdo con su legislación: 1) un tipo de interés que consiste en "un exceso respecto de un interés residual en ciertos fondos de inversión hipotecaria –*an excess inclusion with respect to residual interest in a real estate mortgage investment conduit*–; y 2) los intereses pagados por una "entidad expatriada" a una persona relacionada durante un período de hasta 10 años.

40.1. *Estonia*, *Japón* y *Letonia* se reservan el derecho a no incluir la obligación, para las autoridades competentes, de determinar el modo de aplicación del apartado 2 de común acuerdo.

Apartado 3

41. *México* se reserva el derecho a considerar como intereses otros tipos de renta, tales como las rentas procedentes del arrendamiento financiero y de los contratos de factoraje.

42. *Bélgica, Canadá, Estonia, Irlanda* y *Letonia* se reservan el derecho a modificar la definición de intereses, de manera que los pagos de intereses considerados como distribuciones de beneficios según su legislación interna estén comprendidos en el artículo 10.

43. *Canadá, Chile* y *Noruega* se reservan el derecho a suprimir la referencia a los créditos con cláusula de participación en los beneficios del deudor.

44. *Chile*, *España* y *Grecia* se reservan el derecho a ampliar la definición de intereses incluyendo una referencia a su derecho interno conforme a la definición que figuraba en el Proyecto de Convenio de 1963.

45. *Australia* se reserva el derecho a ampliar la definición de intereses a fin de incluir las rentas sujetas según su legislación interna al mismo régimen fiscal que las rentas de capitales prestados.

45.1. *Estados Unidos* se reserva el derecho a modificar la definición de intereses a fin de que incluya todas las rentas que la legislación del Estado contratante del que proceden someta al mismo régimen fiscal que las rentas derivadas de capitales prestados, y a precisar que la renta que recaiga en el ámbito del artículo 10 no se considerará como intereses.

Apartado 6

46. *México* se reserva el derecho a incluir una disposición relativa al tratamiento de los intereses derivados de préstamos paralelos (*back-to-back*), como salvaguardia contra un posible abuso.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 12
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS CÁNONES

I. Observaciones preliminares

1. En principio, los cánones por licencias de explotación de patentes y bienes similares y otros pagos análogos constituyen, para el beneficiario, rentas procedentes de un arrendamiento. Este puede efectuarse en relación con una empresa (por ejemplo, el uso de los derechos de autor sobre una obra literaria por un editor o el derecho de explotación cedido por el inventor titular de una patente) o sin que medie el titular de la patente (por ejemplo, el derecho de explotación cedido por los herederos del inventor).

2. Algunos países no permiten la deducción de los cánones pagados, a efectos de la imposición del pagador, más que en el caso de que el perceptor resida o esté sujeto a imposición en el mismo Estado que el pagador. En otro caso, no admiten la deducción. El apartado 4 del artículo 24 aborda la cuestión de si la deducción debe permitirse igualmente cuando el pagador de los cánones sea residente de un Estado contratante y el perceptor lo sea del otro Estado contratante.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

3. El apartado 1 adopta el principio de la imposición exclusiva de los cánones en el Estado de residencia del beneficiario efectivo. Únicamente se hace una excepción para los casos a que se refiere el apartado 3.

4. La condición de beneficiario efectivo se incorporó al apartado 2 del artículo 12 para explicar cómo se aplica el artículo en relación con los pagos efectuados a intermediarios. El término aclara que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a gravar las rentas percibidas en concepto de cánones por el mero hecho de que se paguen directamente a un residente de un Estado con el que el Estado de la fuente tenga suscrito un convenio. Por tanto, el término "beneficiario efectivo" no se utiliza en un sentido técnico estricto (como el que le atribuye el derecho fiduciario de muchos países de derecho consuetudinario[1]), sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz del objeto y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

4.1. El Estado de la fuente aplicará a un residente del otro Estado contratante la desgravación o exención del impuesto que corresponda a un elemento de renta para evitar total o parcialmente la doble imposición que, en caso contrario, se hubiera derivado de la imposición concurrente a la que está sujeta esa misma renta en el Estado de residencia. Cuando un elemento de renta se pague a un residente de un Estado contratante que actúa en su calidad de representante o de agente designado, sería contradictorio con el objeto y propósitos del

[1] Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen los cánones obtenidos durante un período dado, estos fiduciarios, en su condición de tales (o el fideicomiso si tiene la condición de contribuyente independiente) pueden ser los beneficiarios efectivos de esas rentas a los efectos del artículo 12, aun cuando no sean los beneficiarios efectivos conforme al derecho fiduciario aplicable.

Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o exención basándose únicamente en el estatus de residente del otro Estado contratante del perceptor directo de la renta. En estas circunstancias, cabe considerar al perceptor directo de la renta como residente, sin que se plantee un problema de doble imposición como resultado de estatus, puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al perceptor como propietario de la renta.

4.2. También sería contradictorio con el objeto y propósitos del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de representante o de agente designado, actúe simplemente como canalizador en favor de otra persona que se beneficia realmente de la renta en cuestión. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado "Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales" –"Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" / "Les Conventions prèventives de la double imposition et l'utilisation des societés relais"–[2] llega a la conclusión de que, normalmente, no puede considerarse a una sociedad canalizadora de rentas como beneficiaria efectiva si, pese a ser la propietaria formal, a efectos prácticos cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en una mera fiduciaria o administradora que actúa por cuenta de las partes interesadas.

4.3. En estos distintos ejemplos (representante, agente designado, sociedad canalizadora de rentas que interviene como fiduciario o administrador) el perceptor directo de los cánones no es el "beneficiario efectivo" porque el derecho del perceptor a hacer disposición de los cánones y a disfrutarlos está limitado por una obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Esta obligación normalmente vendrá impuesta por los documentos jurídicos pertinentes, pero también podrá deducirse de hechos y circunstancias que prueben que, en esencia, el perceptor claramente carece del derecho de hacer disposición de los cánones y de disfrutarlos sin estar limitado por la obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Este tipo de obligación no comprende las obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el perceptor directo, como una obligación no contingente de la recepción del pago y que el perceptor directo tenga en su condición de deudor o de parte en operaciones financieras, o las obligaciones normales de distribución derivadas de instrumentos de previsión para la jubilación y de instituciones de inversión colectiva que tengan derecho a acogerse a los beneficios de los convenios en virtud de los principios enunciados en los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1. Cuando el perceptor de los cánones tenga derecho a hacer disposición de los cánones y a disfrutarlos sin estar limitado por la obligación contractual o jurídica de ceder el pago percibido a un tercero, el perceptor es "beneficiario efectivo" de los mismos. Conviene señalar también que el artículo 12 hace referencia al beneficiario efectivo de los cánones por oposición a los titulares del derecho o bien por los que se pagan los cánones que, en ciertos casos, pueden ser distintas personas.

4.4. Sin embargo, el hecho de que se considere al perceptor de los cánones como beneficiario efectivo de los mismos no significa que deban aplicarse automáticamente las disposiciones del apartado 1. El beneficio de estas disposiciones no debe concederse en casos de abuso

[2] Informe reproducido en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, en la página R(6)-1.

(véase también el párrafo 7 más adelante). Las disposiciones del artículo 29 y los principios enunciados en el apartado titulado "Uso indebido del Convenio" en los Comentarios al artículo 1 son aplicables para impedir los abusos, incluidas estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, en los que el perceptor de los cánones es su beneficiario efectivo. Si bien el concepto de "beneficiario efectivo" palía ciertas formas de elusión fiscal (las que comportan la interposición de un perceptor obligado a ceder los cánones a un tercero), no cubre otros tipos de abusos, tales como ciertas estrategias de elusión mediante el abuso de los convenios por terceros a las que se refieren esas disposiciones y principios y, por tanto, no deben considerarse como limitativas en modo alguno de la aplicación de otros planteamientos para resolver esos casos.

4.5. Las explicaciones que preceden relativas al significado del término "beneficiario efectivo" demuestran que debe distinguirse entre el significado dado a este término en el contexto del artículo del sentido dado a este término en el contexto de otros instrumentos[3] relativos a la determinación de las personas (normalmente personas físicas) que ejercen el control último sobre las entidades o los activos. No cabe aplicar ese significado distinto del término "beneficiario efectivo" en el contexto del Convenio. De hecho, ese significado, que se refiere a personas físicas, no es compatible con la formulación expresa del subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10, que hace referencia a las situaciones en las que una sociedad es la beneficiaria efectiva de un dividendo. El término "beneficiario efectivo" se introdujo para resolver las dificultades que se desprenden de la utilización de las palabras "pagados a" que figuran en el apartado 1 de los artículos 10 y 11 y que se usaron de forma similar en el apartado 1 del artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de 1977, en relación con los dividendos, intereses y cánones, más que las dificultades relacionadas con la propiedad de las acciones, de los créditos o de los derechos o bienes respecto de los que se pagan dichos dividendos, intereses o cánones. Por tanto, sería inoportuno, en el contexto de estos artículos, considerar un significado que remite a personas físicas que "ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos".[4]

---

[3] Véase, por ejemplo, el documento del Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation - The FATF Recommendations* (también disponible en francés: *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération - Les Recommandations du GAFI*) (OECE FATF, París, 2012) [*Normas internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación y proliferación del terrorismo*] que fija en detalle la norma internacional contra el blanqueo de capitales y que incluye la siguiente definición del término beneficiario efectivo en las páginas 110 y 120 de sus versiones en inglés y francés respectivamente: "el (o los) propietario o tenedor último, persona física, de un cliente o la persona por cuenta de quien se realiza una operación. E incluye igualmente a las personas que ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos." De forma similar, el informe de 2001 del Grupo director sobre gobernanza corporativa de la OCDE *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (también disponible en francés: *Au-delà des apparences: l'utilisation des entités juridiques à des fins illicites*) (OECD, París, 2001), define el concepto de beneficiario efectivo como sigue (páginas 14 y 16 en sus versiones en inglés y francés, respectivamente):

> En este informe, "beneficiario efectivo" hace referencia a la titularidad o beneficio efectivo final por una persona física. En algunas situaciones, para descubrir al beneficiario efectivo puede ser necesario ir rebasando varias personas físicas o jurídicas intermediarias hasta llegar al verdadero propietario, persona física. En relación con las sociedades de capital, los propietarios son los socios o accionistas. Las sociedades personalistas pertenecen a los socios colectivos y socios comanditarios. En los fideicomisos y las fundaciones, la propiedad efectiva recae sobre sus beneficiarios, entre los que puede hallarse también al fideicomitente o al fundador.

[4] Véase la definición dada a ese término por el Grupo de Acción Financiera que se cita en la nota anterior.

4.6. A reserva de otras condiciones que se establezcan en este artículo y de las restantes disposiciones del Convenio, la exención del impuesto en el Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario, por ejemplo un representante o un agente designado, situado en un Estado contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el beneficiario y el deudor en aquellos casos en los que el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante (el texto del Modelo se modificó en 1997 para precisar este punto, que ha constituido la posición que han mantenido todos los Estados miembros).

5. El artículo no trata más que de los cánones que se generan en un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante. Sus disposiciones no se aplican, pues, a los cánones procedentes de un tercer Estado ni a los cánones procedentes de un Estado contratante atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de ese Estado tenga en el otro Estado contratante (para un examen de estos supuestos véanse los párrafos 4 a 6 de los Comentarios al artículo 21). Los potenciales abusos derivados de situaciones en las que los cánones procedentes de un Estado contratante son atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de otro Estado tenga en un tercer Estado se tratan en el apartado 8 del artículo 29. Las cuestiones de procedimiento no se regulan en el presente artículo. Cada Estado debe poder aplicar el procedimiento previsto en su propio ordenamiento jurídico. Los casos triangulares plantean otras cuestiones específicas (véase el párrafo 71 de los Comentarios al artículo 24).

6. El apartado no precisa si la exención en el Estado de la fuente debe o no supeditarse a la imposición de los cánones en el Estado de residencia. Esta cuestión puede resolverse por la vía de la negociación bilateral.

7. El Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, y, en concreto, los informes finales sobre las Acciones 5, 6 y 8 a 10[5] elaborados en el marco de ese proyecto, han abordado un cierto número de abusos relacionados con situaciones como la siguiente: el beneficiario efectivo de los cánones procedentes de un Estado contratante es una sociedad residente del otro Estado contratante cuyo capital pertenece, en todo o en parte, a accionistas no residentes de este otro Estado; la práctica habitual de esta sociedad es la de no distribuir sus beneficios en forma de dividendos y disfruta de un régimen fiscal preferente. Si bien el artículo 29, que se incluyó en el Convenio a resultas del Informe final sobre la Acción 6, aborda los aspectos de ese caso relacionados con las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, los Estados que deseen denegar los beneficios del artículo 12 a los cánones a los que se aplica un trato fiscal preferente en el Estado de residencia pueden considerar incluir en sus convenios disposiciones como las descritas en los párrafos 82 a 100 de los Comentarios al artículo 1.

Apartado 2

8. El apartado 2 contiene una definición del término “cánones”. En general, se refiere a bienes o derechos que forman parte de las diferentes modalidades de la propiedad literaria y

[5] *Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5 - Informe final 2015*, OCDE Publishing, París. DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264267107-es OCDE (2016); *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 - Informe final 2015*, OCDE Publishing, Paris, DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es OCDE (2016); y *Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10 - Informes finales 2015*, OCDE Publishing, París. DOI: http://dx.doi.org/10.1787/9789264258280-es OCDE (2016).

artística, a los elementos de la propiedad intelectual e industrial especificados en el texto, así como a la información relativa a la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico. La definición se aplica a los pagos efectuados por el uso o por la cesión del uso o explotación de alguno de los derechos antes citados, inscritos o no en un registro público, y susceptibles o no de inscripción. La definición comprende tanto los pagos realizados en ejecución de un contrato de cesión como las cantidades que una persona resulte obligada a pagar por la reproducción fraudulenta o la vulneración de estos derechos.

8.1. Sin embargo, la definición no se aplica a los pagos que, a pesar de tener su fundamento en el número de veces que se utiliza un derecho perteneciente a una persona, se abonan a otra que no tiene el derecho en sí o el derecho de uso o explotación (véase, por ejemplo, el párrafo 18 más adelante).

8.2. Cuando se realiza un pago en contraprestación por la transmisión de la plena propiedad de un elemento patrimonial incluido en la definición, el pago no se realiza por "el uso o por la cesión del uso" del derecho sobre ese elemento patrimonial y, por tanto, no puede constituir un canon. Como se señala en los párrafos 15 y 16 más adelante, por lo que respecta al *software* pueden plantearse problemas en el caso de una cesión de derechos que puedan considerarse integrantes de un elemento de patrimonio recogido en la definición cuando la forma que adopte la cesión sea la enajenación. Por ejemplo, puede tratarse de la cesión en exclusiva de todos los derechos sobre una propiedad intelectual o industrial durante un plazo limitado o de todos los derechos sobre la propiedad en un área geográfica limitada, habiendo estructurado la operación como una venta. Cada caso dependerá de sus circunstancias concretas y deberá examinarse en función de la legislación nacional sobre la propiedad intelectual e industrial que resulte aplicable al bien en cuestión y de la legislación interna que determine qué constituye una enajenación; pero en general, si el pago se realiza como contraprestación por la enajenación de derechos que constituyen un bien distinguible y concreto (lo que es más probable en el caso de derechos limitados geográfica que temporalmente), es muy probable que esos pagos constituyan beneficios de una actividad económica, amparados por el artículo 7, o ganancias de capital comprendidas en el artículo 13 en lugar de cánones en el sentido del artículo 12. Esta calificación se desprende del hecho de que cuando se enajena la propiedad de los derechos la contraprestación no puede considerarse efectuada por el uso o explotación de esos derechos. La naturaleza esencial de la enajenación no puede alterarse por la forma que adopte la contraprestación, su pago a plazos o, en opinión de la mayoría de los países, por el hecho de que los pagos sean contingentes.

8.3. El término "pagos", utilizado en la definición, tiene un sentido muy amplio, dado que este concepto significa el cumplimiento de la obligación de poner los fondos a disposición del acreedor en la forma prevista por el contrato o por los usos.

8.4. A título indicativo, a continuación se ofrecen algunas explicaciones a fin de delimitar el campo de aplicación del artículo 12 en relación con el de otros artículos del Convenio, en lo que respecta, particularmente, a la comunicación de información.

8.5. Cuando se facilite la información a la que se refiere el apartado 2 o se autorice el uso o la cesión del uso de algún elemento patrimonial mencionado en ese apartado, el propietario de esa información o de ese derecho o bien puede acordar no proporcionar esa información o no ceder ese derecho a nadie más. Los pagos efectuados en contraprestación de ese acuerdo constituyen pagos hechos para asegurar la exclusividad de esa información o un derecho de

uso o explotación exclusivo de esa propiedad, según sea el caso. Siendo "pagos de cualquier clase percibidos por [...] la cesión del uso, de" un derecho, "o por información", se incluyen en la definición de cánones.

9. Mientras la definición del término "cánones", en el Proyecto de Convenio de 1963 y en el Modelo de Convenio de 1977, comprendía los pagos "por el uso o el derecho de uso de un equipo industrial, comercial o científico", la mención a dichos pagos se suprimió posteriormente de la definición. Dada la naturaleza de las rentas procedentes del arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos, incluyendo el arrendamiento de contenedores, el Comité de Asuntos Fiscales decidió excluir las rentas de esos arrendamientos de la definición de cánones y, en consecuencia, del campo de aplicación del artículo 12, a fin de asegurar que queden comprendidas en las disposiciones referentes a la imposición de los beneficios procedentes de actividades económicas, tal como se definen en los artículos 5 y 7.

9.1. Los operadores de satélites y sus clientes (que comprenden las empresas de radiodifusión y telecomunicación) concluyen a menudo contratos de "arrendamiento de transpondedores" en virtud de los que el operador del satélite permite al cliente utilizar la capacidad del transpondedor de un satélite para transmitir señal a un área geográfica extensa. Los pagos efectuados por los clientes en cumplimiento de un contrato tipo de "arrendamiento de transpondedor" responden a la contraprestación por la capacidad de transmisión del transpondedor y no constituyen un canon conforme a la definición del apartado 2: estos pagos no se hacen como contraprestación por el uso o la cesión del uso de un bien, ni por información, que son los conceptos a los que se hace referencia en la definición (no pueden verse, por ejemplo, como pagos efectuados por información o por el uso o por la cesión del uso de procedimientos secretos, dado que la tecnología del satélite no se transfiere al cliente). Por lo que respecta a los convenios que incluyen el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos (ICC) en su definición de cánones, la caracterización del pago dependerá en gran medida de los acuerdos contractuales pertinentes. Si bien en los contratos pertinentes suelen referirse al "arrendamiento" de un transpondedor, en la mayoría de los casos el cliente no adquiere la posesión física de este, sino simplemente su capacidad de transmisión: el arrendador explota el satélite y el arrendatario no tiene acceso al transpondedor que se le ha asignado. En estos casos, los pagos efectuados por los clientes serán pagos por servicios, a los que resulta aplicable el artículo 7, y no pagos por el uso o por la cesión del uso de equipos ICC. Una operación distinta, pero mucho menos frecuente, es aquella en la que el propietario del satélite se lo arrienda a otra parte para que esta lo explote, de forma que lo utilice para sus propios fines, o que ofrezca su capacidad de transmisión de datos a terceros. En tal caso, el pago efectuado por el operador del satélite al propietario del mismo podría considerarse como un pago por el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos. Estas mismas consideraciones son extensivas a los pagos efectuados por el arrendamiento o la adquisición de la capacidad de cables para la transmisión de energía eléctrica o comunicaciones (por ejemplo, a través de un contrato que otorgue un derecho irrevocable de uso de dicha capacidad) o de conducciones (por ejemplo, de gas o petróleo).

9.2. Del mismo modo, los pagos efectuados por un operador de redes de telecomunicaciones a otro operador de redes en virtud de un contrato tipo de "itinerancia" (véase el párrafo 38 de los Comentarios al artículo 5) no constituye un canon conforme a la definición del apartado 2, dado que estos pagos no se hacen como contraprestación por el uso o por la cesión del uso o explotación de un bien, ni por información, que son los conceptos a los que se hace

referencia en la definición (no pueden verse como, por ejemplo, pagos efectuados por el uso o por la cesión del uso de procedimientos secretos, dado que el operador no utiliza ni transfiere tecnología secreta alguna). Esta conclusión sigue siendo válida incluso en el caso de convenios que incluyen el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos (ICC) en su definición de cánones, dado que el operador que paga un precio por razón del contrato de itinerancia, no está remunerando el uso o la cesión del uso de la red extranjera que presta el servicio, a la que no tiene acceso físico, sino el servicio de telecomunicación que le proporciona el operador de la red extranjera.

9.3. Los pagos efectuados por el uso o por la cesión del uso o explotación de todo o parte del espectro de radiofrecuencia (por ejemplo, en virtud de la denominada "licencia de espectro" que permite a los beneficiarios de la licencia transmitir contenidos en rangos de frecuencia determinados del espectro electromagnético) no constituyen pagos por el uso o por la cesión del uso o explotación de un bien, ni por información, que son los conceptos a los que se hace referencia en la definición de cánones del apartado 2. Esta conclusión sigue siendo válida incluso en el caso de convenios que incluyen el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos (ICC) en su definición de cánones, dado que el pago no se efectúa por el uso o por la cesión del uso o de explotación de equipo alguno.

10. Los pagos en concepto de alquiler de películas cinematográficas se consideran cánones si las películas se proyectan tanto en salas de cine como en la televisión. Sin embargo, en las negociaciones bilaterales puede acordarse que los pagos en concepto de alquiler de películas cinematográficas se consideren como beneficios derivados de una actividad económica y, por tanto, sujetos a las disposiciones de los artículos 7 y 9.

10.1. Los pagos efectuados únicamente como contraprestación por la obtención de derechos exclusivos de distribución de un producto o servicio en un territorio concreto, no constituyen cánones, dado que no se realizan por el uso o por la cesión del uso de un elemento patrimonial mencionado en la definición. Estos pagos, respecto de los que es más adecuado considerar que se efectúan para incrementar las ventas, están mejor enmarcados en el artículo 7. Un ejemplo de este tipo de pagos es el de un distribuidor de ropa, residente de un Estado contratante, que paga una cierta cantidad de dinero a un fabricante de camisas de marca, residente del otro Estado contratante, en contraprestación por el derecho exclusivo de venta en el primer Estado contratante de las camisas de marca confeccionadas en el extranjero por ese fabricante. En este ejemplo, el distribuidor residente no paga por la cesión del uso del nombre comercial o de la marca con la que se venden las camisas; lo que obtiene es meramente el derecho exclusivo a vender en su Estado de residencia las camisas que comprará al fabricante.

10.2. Un pago no puede considerarse efectuado "por el uso o por la cesión del uso" de un diseño, modelo o plano cuando se consigne al desarrollo de un diseño, modelo o plano inexistente en ese momento. En tal caso, el pago se efectúa como contraprestación por los servicios conducentes al desarrollo de tal diseño, modelo o plano y, por tanto, estará comprendido en el artículo 7. Y sería así aun cuando el creador del diseño, modelo o plano (por ejemplo, un arquitecto) retenga todos los derechos, comprendidos los de su autoría, respecto de dicho diseño, modelo o plano. Sin embargo, cuando el titular de la propiedad industrial sobre planos previamente desarrollados se limite a ceder a un tercero el derecho a modificarlos o reproducirlos, sin realizar ningún trabajo ulterior, el pago percibido por dicho titular en contraprestación por la cesión del uso o explotación de los planos constituye un canon.

11. Al calificar como cánones las cantidades pagadas por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico, el apartado 2 se refiere al concepto de "conjunto de conocimientos y técnicas acumulados, que permite desarrollar con eficacia una actividad en el ámbito artístico, científico o empresarial *(know-how)*". Ciertos órganos especializados y autores han formulado definiciones de este concepto. La expresión "pagos [...] por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico" se utiliza en el contexto de la transmisión de cierta información no patentada y que, por lo general, no recae en el ámbito de otras categorías de derechos sobre la propiedad intelectual o industrial. Normalmente se trata de información no revelada de carácter industrial, comercial o científico, nacida de la experiencia previa, que tiene aplicaciones prácticas en la explotación de una empresa, y de cuya comunicación puede derivarse un beneficio económico. Dado que la definición está relacionada con información relativa a experiencias previas, el artículo no es aplicable a los pagos efectuados por información nueva obtenida como resultado de la prestación de unos servicios a instancia del pagador.

11.1. En el contrato de conocimientos prácticos**, una de las partes se obliga a comunicar a la otra parte su experiencia o conocimientos especializados, no revelados al público, de manera que pueda utilizarlos por su cuenta. Se reconoce que el cedente no tiene que intervenir en el uso que el cesionario haga de las fórmulas cedidas y que no garantiza el resultado.

11.2. Este contrato difiere, pues, de aquellos otros de prestaciones de servicios, en los que una de las partes se obliga a utilizar los conocimientos usuales de su profesión para realizar ella misma un trabajo para la otra parte. Los pagos hechos en virtud de estos contratos los regula, en general, el artículo 7.

11.3. La necesidad de distinguir entre estos dos tipos de pagos, a saber, los pagos por la aportación de conocimientos prácticos y los pagos por prestación de servicios, a veces genera dificultades prácticas. Los siguientes criterios son significativos para establecer esta distinción:

— Los contratos de conocimientos prácticos se refieren al tipo de información descrita en el párrafo 11 que ya existe, o al suministro de este tipo de información después de desarrollarla o de crearla e incluyen disposiciones específicas relativas a la confidencialidad de esa información.

— En los casos de contratos de prestación de servicios, el proveedor se compromete a prestar servicios que pueden requerir el uso, por ese proveedor de servicios, de conocimientos especializados, de sus habilidades y experiencia, pero no la transferencia de dichos conocimientos especializados, habilidades o experiencia a la otra parte.

— En la mayoría de los casos que impliquen la aportación de conocimientos prácticos, el proveedor, por lo general, tendrá poco más que hacer en cumplimiento del contrato además de proporcionar la información disponible o reproducir el material existente. Por otro lado, un contrato de prestación de servicios supondrá, en la mayoría de los casos, que el proveedor tiene que incurrir en un gasto mucho más ele-

* (*N. de la T.*: en lo sucesivo y por abreviar, "conocimientos prácticos".)

** (*N. de la T.*: también conocido por "Contrato de *Know How*", "Licencia Industrial", "Cesión de Tecnología" e incluso "Contrato de *Engineering*".)

vado para poder cumplir sus obligaciones contractuales. Como ejemplo, atendiendo a la naturaleza de los servicios que se ha de prestar, el proveedor puede tener que incurrir en gastos de sueldos y salarios de empleados asignados a la investigación, diseño, pruebas y a otras actividades conexas o para remunerar a los subcontratistas encargados de prestar servicios similares.

11.4. Los ejemplos siguientes describen pagos que, por tanto, no deben considerarse percibidos como contraprestación por la aportación de conocimientos prácticos sino por la prestación de servicios:

— los pagos obtenidos como contraprestación por servicios posventa,

— los pagos por los servicios prestados por un vendedor en el marco de la garantía debida al comprador,

— los pagos por asistencia técnica en sentido estricto,

— los pagos por listados de clientes potenciales, cuando tales listados se confeccionen específicamente para el pagador con información de carácter público (sin embargo, el pago por un listado confidencial de clientes a los que el perceptor de dicho pago ha suministrado un producto o servicio concreto, sí constituiría un pago por conocimientos prácticos, dado que estaría relacionado con la experiencia comercial de este en sus relaciones con dichos clientes),

— los pagos por los dictámenes emitidos por un ingeniero, un abogado o un experto contable, y

— los pagos por asesoramiento prestado por vía electrónica, por las comunicaciones electrónicas con técnicos o por el acceso, vía redes informáticas, a una base de datos de solución de problemas, como puede ser una base de datos que facilita información no confidencial, en respuesta a preguntas frecuentes o a problemas comunes que se plantean a menudo a los usuarios del *software*.

11.5. En el caso específico de un contrato que supone la aportación, por parte del proveedor, de información relativa a programación informática, como norma general se considerará que el pago se ha efectuado en contraprestación por haber aportado la citada información, de modo que constituye una aportación de conocimientos prácticos, cuando dicho pago se efectúa para adquirir la información que integra las ideas y los principios que subyacen al programa, tales como la lógica, los algoritmos, o las técnicas o lenguajes de programación, cuando esta información se facilita condicionada a que el cliente no puede revelarla sin autorización, o cuando esté sujeta a cualquier forma de protección de los secretos comerciales disponible.

11.6. En la práctica de los negocios se encuentran contratos que abarcan tanto los conocimientos prácticos como los servicios de asistencia técnica. Un ejemplo, entre otros, de contratos de esta especie es el contrato de franquicia, en el cual el cedente o franquiciador comunica al cesionario o franquiciado sus conocimientos y su experiencia y le suministra además diversos tipos de asistencia técnica, acompañada en ciertos casos de ayudas financieras y entregas de bienes. En principio, en el caso de un contrato mixto conviene descomponer la contraprestación total acordada con la ayuda de la información contenida en el

contrato, o aplicando una distribución razonable, en función de las diversas prestaciones recogidas en el mismo y someter cada una de las partes de la contraprestación así determinadas al régimen fiscal que les corresponda. Cuando, sin embargo, una parte de las prestaciones convenidas constituya, con mucho, el objeto principal del contrato y las restantes prestaciones acordadas no tengan más que un carácter complementario y de escasa importancia, el tratamiento aplicable a la parte principal se deberá aplicar, en términos generales, al importe total de la contraprestación.

12. La cuestión de si los pagos recibidos como contraprestación por *software* deben clasificarse como cánones plantea problemas difíciles, pero constituye un asunto de considerable importancia habida cuenta del rápido desarrollo experimentado por las tecnologías informáticas en los últimos años, y de la cuantía de las transferencias internacionales de tecnología en este campo. En 1992 se modificaron los Comentarios para exponer los principios rectores sobre los que debía hacerse tal clasificación. Los párrafos 12 a 17 se modificaron de nuevo en el año 2000 para refinar el análisis mediante el que distinguir los beneficios derivados de actividades económicas de los cánones en las operaciones relativas al *software*. En la mayoría de los casos, el análisis revisado no generará un resultado diferente.

12.1. El *software* puede describirse como un programa, o una serie de programas, que contiene las instrucciones que requiere un ordenador para su funcionamiento (*software* operativo) o para la ejecución de otras tareas (*software* de aplicaciones). El *software* puede transferirse por distintos medios, por ejemplo por escrito o electrónicamente, en una cinta o disco magnéticos, en un disco de láser o en un CD-ROM. Puede ser estándar para una amplia gama de aplicaciones o personalizado para un usuario específico. Puede transferirse como parte integrante del equipo informático o de forma independiente para su uso en equipos diversos.

12.2. El carácter de los pagos percibidos en operaciones que entrañan la transferencia de *software* informático depende de la naturaleza de los derechos que adquiere el perceptor en virtud del acuerdo específico relativo a la utilización y explotación del programa. Los derechos sobre los programas informáticos constituyen una forma de propiedad intelectual. Un estudio de las prácticas seguidas por los países miembros de la OCDE ha demostrado que todos ellos, salvo uno, protegen dichos derechos, explícita o implícitamente, al aplicárseles la legislación en materia de derechos de autor*. Aunque el término "*software* informático" se utilice normalmente para describir tanto el programa –en el que subsisten los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor)– como medio a través del que se materializa, las legislaciones sobre derechos de autor de la mayoría de los países miembros de la OCDE distinguen entre los derechos de autor sobre el programa y el *software* que materializa una copia del programa objeto de dichos derechos. La cesión de los derechos relativos al *software* se produce de muy diversas formas que van desde la enajenación de todos los derechos de autor relativos a un programa hasta la venta de un producto cuyo uso está sujeto a restric-

* (*N. de la T.*: la traducción del término inglés *copyright* entraña la dificultad que plantea la necesidad de conciliar el significado dado a este término en la tradición anglosajona: "derecho de copia" (respecto de un bien protegido por los derechos sobre la propiedad intelectual o industrial), con la tradición del derecho continental que comprende, además de los derechos patrimoniales de copia, reproducción etc., (susceptibles de cesión, venta y restricción), el derecho moral perpetuo e intransferible del autor sobre su obra. Por razones prácticas, el texto se referirá en lo sucesivo a los derechos de autor, pero debe tenerse en cuenta que en su original en inglés habrá ocasiones en las que su significado sea algo más restringido.)

ciones. La contraprestación pagada puede revestir también diversas formas. Estos factores pueden dificultar la distinción entre los pagos por *software*, que pueden considerarse correctamente como cánones y otros tipos de pagos. La dificultad de dicha distinción se agrava por la facilidad de reproducir el *software* informático, y porque la adquisición de *software* implica, con frecuencia, que el adquirente necesite hacer una copia para posibilitar su funcionamiento.

13. En la mayoría de los casos, los derechos del beneficiario de la transferencia comprenden total o parcialmente los derechos de autor subyacentes (véanse los párrafos 13.1 y 15 más adelante), o pueden constituir, de hecho o por equivalencia, los derechos parciales o totales sobre una copia del programa (la "copia del programa"), con independencia de que dicha copia se materialice en un soporte físico o se proporcione electrónicamente (véanse los párrafos 14 a 14.2 más adelante). En casos excepcionales, la operación puede constituir una transferencia de conocimientos prácticos o de una fórmula secreta (párrafo 14.3).

13.1. Los pagos efectuados para adquirir parcialmente los derechos de autor (sin que el autor cedente enajene íntegramente sus derechos) constituyen un canon cuando la contraprestación se paga por la cesión del uso o de explotación del programa de forma que, en ausencia de esta licencia, tal uso o explotación constituirían una vulneración de los derechos de autor. Como ejemplo de tales acuerdos, se pueden citar las licencias para la reproducción y distribución pública de un *software* que contenga el programa protegido por los derechos de autor, o para modificar y exhibir públicamente el programa. En estas circunstancias, los pagos se realizan por la cesión del uso del derecho de autor del programa (es decir, de explotación de los derechos que, de otro modo, habrían sido prerrogativa exclusiva del titular del derecho de autor). Es necesario señalar que, aun cuando el pago por *software* pueda considerarse propiamente como un canon, la aplicación de las disposiciones del artículo referentes a los derechos de autor a dichos pagos plantea dificultades desde el momento en que el apartado 2 exige que el *software* se clasifique como obra literaria, artística o científica. Ninguna de estas categorías parece plenamente satisfactoria. Las leyes relativas a los derechos de autor de muchos países tratan el problema asimilando específicamente el *software* a una obra literaria o científica. Para otros países, la asimilación a una obra científica parece el enfoque más realista. Los países que no tengan la posibilidad de adscribir el *software* a ninguna de estas categorías pueden adoptar justificadamente en sus negociaciones bilaterales una versión modificada del apartado 2 que, o bien suprima toda referencia a la naturaleza de los derechos de autor, o bien haga una mención expresa al *software*.

14. En otros tipos de operaciones los derechos adquiridos en relación con los derechos de autor se limitan a aquellos necesarios para permitir al usuario la utilización del programa, por ejemplo, cuando al cesionario se le conceden unos derechos limitados de reproducción del programa. Este será el caso normal en las operaciones de adquisición de una copia del programa. Los derechos transferidos en estos casos son inherentes a la propia naturaleza de los programas informáticos. Permiten al usuario copiar el programa, por ejemplo, en el disco duro del ordenador o para su archivo. En este contexto, es importante destacar que la protección concedida a los programas informáticos por la legislación sobre los derechos de autor puede diferir de un país a otro. En algunos países, el hecho de copiar el programa en el disco duro o en la memoria de acceso aleatorio (RAM) de un ordenador constituiría, en ausencia de una autorización, una vulneración de los derechos de autor. Sin embargo, las legislaciones de numerosos países en materia de derechos de autor conceden automáticamente dicho derecho al propietario del *software* que constituya un programa informático. Independientemente

de que este derecho se conceda en virtud de la ley o de un contrato de licencia con el titular de los derechos de autor, la copia del programa en el disco duro o en la memoria RAM del ordenador, o la realización de una copia de seguridad, constituyen una operación esencial en la utilización del citado programa. En consecuencia, los derechos referentes a estos actos de copia, cuando únicamente permiten el adecuado funcionamiento del programa para el usuario, no deben tenerse en cuenta en el análisis de la calificación de la operación a efectos de tributación. Los pagos relativos a este tipo de operaciones se considerarán rentas comerciales, conforme al artículo 7.

14.1. No es relevante el método utilizado para transferir el programa informático a su destinatario. Por ejemplo, poco importa que el este adquiera un disco informático que contenga una copia del programa o reciba directamente una copia en el disco duro de su ordenador por medio un módem. Carece también de importancia que el uso del *software* por el adquirente esté sujeto a restricciones.

14.2. La facilidad de reproducir programas informáticos ha dado lugar a contratos de distribución por los que el adquirente obtiene los derechos de hacer múltiples copias del programa solo a los fines de utilizarlo en su propia actividad económica. Tales contratos se denominan "licencia de sitio" o "por emplazamiento" "licencia de empresas" o "licencia de red". Aunque dichos acuerdos permitan la realización de múltiples copias del programa, tales derechos se limitan generalmente a los necesarios para permitir el funcionamiento del programa en los ordenadores o en la red del adquirente y la licencia no permite la reproducción con cualquier otro fin. Los pagos efectuados en el marco de estos contratos se tratan, en la mayoría de los casos beneficios de actividades económicas, de conformidad con el artículo 7.

14.3. Otro tipo de operación que implica la transferencia de *software* es el caso, menos frecuente, de una empresa de *software* o un programador que acepta suministrar información sobre las ideas y principios que subyacen al programa, tales como la lógica, los algoritmos, o los lenguajes o técnicas de programación. En tal caso, los pagos pueden calificarse como cánones en la medida que constituyen la contraprestación por el uso, o por la cesión del uso de fórmulas secretas o por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico, que no pueden protegerse por derechos de autor de forma diferenciada. Esto contrasta con la situación habitual en la que el usuario final adquiere una copia del programa para su uso.

14.4. Los contratos entre los titulares de los derechos de autor sobre un *software* y un intermediario distribuidor, por lo general otorgan al intermediario distribuidor el derecho de distribución de copias del programa sin incluir el derecho de reproducción de ese programa. En estas operaciones, la parte de los derechos de autor que se adquieren se limitan a los necesarios para que el intermediario comercial distribuya copias del *software*. En tales operaciones, los distribuidores están pagando únicamente por la adquisición de copias del *software* y no por explotar ninguno de los derechos de autor que lo protegen. Por tanto, en una operación en la que el distribuidor efectúe un pago para adquirir y distribuir copias de *software* (sin derecho de reproducirlo), al analizar la naturaleza de la operación con fines tributarios deben obviarse los derechos relacionados con este acto de distribución. Los pagos percibidos en este tipo de operaciones se tratarán como beneficios procedentes de actividades económicas, conforme al artículo 7. Y así será con independencia de que las copias se distribuyan a través de soportes físicos o medios electrónicos (sin que el distribuidor tenga el derecho de reprodu-

cirlo) o de que el *software* esté sujeto a una mínima adaptación al cliente a los efectos de su instalación.

15. Cuando la contraprestación remunera la transferencia de la titularidad plena de los derechos comprendidos en los derechos de autor*, este pago no puede constituir un canon y las disposiciones del artículo no le son aplicables. Pueden surgir dificultades cuando haya una transferencia de derechos que abarque:

— un derecho exclusivo de uso de los derechos de autor durante un período o en un área geográfica limitados;

— una contraprestación adicional vinculada al uso;

— una contraprestación en forma de pago global de una cuantía importante.

16. Aunque cada caso se tratará en función de sus circunstancias particulares, en general si el pago se realiza como contraprestación por la transferencia de derechos que constituyen un bien distinguible y concreto (lo que es más probable en el caso de derechos limitados geográfica que temporalmente), tales pagos constituirán probablemente beneficios derivados de actividades económicas comprendidos en el artículo 7, o ganancias de capital del artículo 13, antes que cánones en el sentido del artículo 12. Esto se deduce del hecho de que, cuando se ha enajenado la propiedad de los derechos, la contraprestación no puede referirse al uso de los mismos. La esencia de la operación, una enajenación, no puede resultar alterado por la forma que adopte la contraprestación, por el pago a plazos de la contraprestación o, en opinión de la mayoría de los países, por el hecho de que los pagos sean contingentes.

17. Los pagos por *software* pueden realizarse en virtud de contratos mixtos. Estos contratos incluyen, por ejemplo, ventas de equipo informático con *software* incorporado y la concesión del derecho de uso del *software* combinado con la prestación de servicios. Los métodos expuestos en el párrafo 11.6 anterior, para solucionar problemas similares en lo relativo a cánones correspondientes a patentes y conocimientos prácticos, son igualmente aplicables al *software*. Cuando sea necesario, se procederá a descomponer el importe total de la contraprestación prevista en el contrato en función de la información allí contenida, o haciendo un reparto razonable, y a aplicar el régimen fiscal correspondiente a cada una de las partes así determinadas.

17.1. Los principios enunciados anteriormente en lo que respecta a los pagos por *software* son igualmente aplicables a las operaciones relativas a otros tipos de productos digitales como las imágenes, los sonidos o el texto. El desarrollo del comercio electrónico ha multiplicado el número de operaciones de esta naturaleza. Para determinar si los pagos que de ellas se derivan constituyen o no cánones, la cuestión principal que ha de abordarse es identificar el motivo esencial por el que se pagan.

17.2. En ciertos países, la legislación aplicable establece que las operaciones que permiten al cliente descargar electrónicamente productos digitales pueden entrañar un uso de los derechos de autor por el cliente, por ejemplo, porque el contrato permita hacer una o más copias del contenido digital. Cuando la contraprestación responda esencialmente a algo distinto del uso, o de la cesión del uso, de derechos comprendidos en los derechos de autor (como la

* (*N. de la T.*: véase la nota al párrafo 12.2 anterior.)

adquisición de otros tipos de derechos contractuales, datos o servicios) y el uso de los derechos de autor se limite a los derechos necesarios para la descarga, el almacenamiento y el funcionamiento en el ordenador, la red u otro medio de almacenamiento, ejecución o visualización del cliente, dicha utilización de los derechos de autor no debe afectar al análisis de la naturaleza del pago a los efectos de aplicar la definición de "cánones".

17.3. Este es el caso de las operaciones que permiten al cliente (que puede ser una empresa) descargar electrónicamente productos digitales (tales como *software*, imágenes, sonidos, o texto) para su propio uso o disfrute. En esas operaciones, el pago responde esencialmente a la adquisición de los datos transmitidos en forma de señal digital, por lo que no constituye un canon, sino que queda comprendido en el ámbito de los artículos 7 o 13 según corresponda. En la medida que el acto de copiar la señal digital en el disco duro del cliente o en cualquier otro soporte no provisional entrañe, en virtud de la legislación y las disposiciones contractuales aplicables, el uso de un derecho de autor por el cliente, esa copia constituye meramente el medio a través del que se captura y almacena la señal digital. Este uso de los derechos de autor no es importante a efectos de la clasificación porque no se corresponde con lo que el pago remunera esencialmente (es decir, la adquisición de datos transmitidos en forma de señal digital), que constituye el factor determinante a efectos de la definición de cánones. Tampoco habría fundamento para asimilar dichas operaciones a "cánones" si, en virtud de la legislación y las disposiciones contractuales aplicables, la creación de una copia se considera como un uso de los derechos de autor por parte del proveedor en lugar de por el cliente.

17.4. En cambio, se generará un canon cuando las operaciones en las que la contraprestación fundamental por la que se efectúa el pago sea la cesión del uso de un derecho de autor sobre un producto digital que se descarga electrónicamente. Este sería el caso, por ejemplo, de un editor que paga por adquirir el derecho a reproducir una imagen sujeta a derechos de autor que descargará electrónicamente para que aparezca en la portada de un libro que va a editar. En esta operación, la contraprestación por el pago es, esencialmente, la adquisición del derecho de uso de los derechos de autor inherentes al producto digital, es decir, el derecho a reproducir y distribuir la imagen, y no únicamente la adquisición del contenido digital.

18. Las indicaciones dadas anteriormente, relativas a los contratos mixtos, pueden aplicarse también respecto de ciertas actuaciones realizadas por artistas y, en particular, en relación con un concierto dirigido por un director de orquesta o un concierto de un músico. Los honorarios por la actuación musical, junto con los pagados por la emisión radiofónica simultánea, parecen recaer en el ámbito del artículo 17. Cuando, en virtud del mismo contrato u otro aparte, la actuación musical se graba y el artista, basándose en su derecho de autor sobre la grabación de audio, negocia que se le paguen cánones por la venta o la reproducción pública de los discos, el artículo 12 será aplicable a los pagos que perciba en concepto de esos cánones. Sin embargo, cuando por razón de la legislación en materia de derechos de autor o por las cláusulas contractuales aplicables, los derechos de autor sobre una grabación de audio pertenezcan a una persona con la que el artista haya acordado contractualmente prestar sus servicios, (por ejemplo, una actuación musical durante la grabación) o a un tercero, los pagos efectuados en virtud del citado contrato están regulados por los artículos 7 (por ejemplo, si la actuación se desarrolla fuera del Estado de la fuente) o 17, y no por este artículo, incluso si dichos pagos dependen de la venta de las grabaciones.

19. Se recuerda, por otra parte, que los pagos variables o fijos efectuados por la explotación de yacimientos minerales, fuentes u otros recursos naturales se rigen por el artículo 6 y quedan pues, excluidos del ámbito del presente artículo.

Apartado 3

20. Algunos Estados consideran que los dividendos, intereses y cánones procedentes de fuentes situadas en su territorio y pagados a personas físicas o jurídicas residentes de otros Estados no están comprendidos en el ámbito de las disposiciones adoptadas para evitar su doble imposición en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia del beneficiario cuando este último tenga un establecimiento permanente en el primero de estos Estados. El apartado 3 no se inspira en esa idea a la que en ocasiones se denomina "fuerza de atracción del establecimiento permanente". No establece que los cánones que reciba un residente de un Estado contratante de una fuente situada en el otro Estado deban relacionarse, en virtud de una especie de presunción o incluso ficción legal, con el establecimiento permanente que este residente pueda tener en este último Estado, de manera que este Estado no queda obligado a limitar su imposición en tal caso. El apartado se limita a establecer que en el Estado de la fuente los cánones son gravables como parte de los beneficios del establecimiento permanente que posee en ese Estado el beneficiario residente del otro Estado, si dichos cánones se pagan por razón de derechos o bienes que forman parte del activo de ese establecimiento permanente o, de una u otra forma, están vinculados efectivamente a dicho establecimiento. En ese caso, el apartado 3 libera al Estado de la fuente de los cánones de toda limitación prevista en el artículo. Las explicaciones precedentes coinciden con las contenidas en los Comentarios al artículo 7.

21. Se ha sugerido que el apartado podría dar lugar a abusos, mediante la transferencia de derechos o bienes a establecimientos permanentes creados exclusivamente con este propósito en países que ofrecen un tratamiento preferente a las rentas en forma de cánones. Aparte el hecho de que las disposiciones del artículo 29 (y, en concreto, su apartado 8) y los principios enunciados en el apartado titulado "Uso indebido del Convenio" en los Comentarios al artículo 1 se aplicarán normalmente para impedir dichas operaciones abusivas, debe reconocerse que un determinado lugar solo constituye un establecimiento permanente si en él se realiza una actividad económica y, como se explica más adelante, el requisito de que el derecho o el bien estén "vinculados efectivamente" a dicho lugar implica algo más que la mera contabilización del derecho o el bien en los libros del establecimiento permanente a efectos contables.

21.1. Un derecho o bien respecto del que se paguen los cánones estará vinculado efectivamente a un establecimiento permanente y formará por tanto parte de los activos empresariales si la propiedad "económica" de ese derecho o bien se asigna a ese establecimiento permanente conforme a los principios desarrollados en el informe del Comité titulado "Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes"[6] (véanse en particular los párrafos 72 a 97 de la Parte I del informe) a los efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. En el contexto de ese apartado, la propiedad "económica" del derecho o bien tiene un significado equivalente a la propiedad por una entidad independiente a los efectos del impuesto sobre la renta, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a los cánones atribuibles a la propiedad del derecho o del bien, el derecho a las amortizaciones que puedan apli-

[6] *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, OCDE, París, 2010.

carse y la potencialidad de ganancias o pérdidas derivadas del incremento o reducción del valor de ese derecho o bien).

21.2. En el caso de un establecimiento permanente de una empresa que desarrolle actividades de seguros, debe determinarse si el derecho o el bien están vinculados efectivamente al establecimiento permanente siguiendo las pautas contenidas en la Parte IV del Informe del Comité respecto de si la renta o la ganancia procedentes de ese derecho o bien se tienen en cuenta para determinar el rendimiento obtenido por el establecimiento permanente del importe de los activos de inversión que se le hayan atribuido (véanse en concreto los párrafos 165 a 170 de la Parte IV). Al tratarse de unas pautas generales, las autoridades fiscales deben considerar la aplicación de un criterio pragmático y flexible que tenga en cuenta la aplicación coherente y razonable de esas pautas por parte de la empresa a los efectos de identificar los activos concretos vinculados efectivamente al establecimiento permanente.

Apartado 4

22. Este apartado tiene por objeto limitar el campo de aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de los cánones en el caso de que el importe de estos, en virtud de relaciones especiales que deudor y beneficiario efectivo mantengan entre sí o con terceros, exceda del que se hubiese convenido si el deudor y el beneficiario efectivo hubieran contratado en condiciones de plena competencia. Prevé que, en tal caso, las disposiciones del artículo solo se aplicarán a este último importe y que el exceso será gravable de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante y teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio. Este apartado solo permite el ajuste de la cuantía de los cánones y no una reclasificación que tuviera como consecuencia la modificación de su naturaleza, por ejemplo como aportación de fondos propios. Para que tal ajuste sea posible conforme a los términos del apartado 4 del artículo 12, será necesario como mínimo, suprimir parte de la frase "habida cuenta del uso, cesión de derechos o información por los que se pagan" que introduce una restricción. Si se considera pertinente aclarar esta intención, se podría añadir después de "exceda" una expresión análoga a "por cualquier razón".

23. De su texto resulta claramente que, para que se aplique esta disposición, es necesario que los pagos considerados excesivos se deban a relaciones especiales que existan entre el deudor y el beneficiario efectivo o que ambos mantengan con terceros. A título de ejemplo, pueden citarse los casos de cánones pagados a una persona física o jurídica que controle al deudor, directa o indirectamente, que esté controlada directa o indirectamente por este o que dependa de un grupo que tenga intereses comunes con él. Por lo demás, estos ejemplos son similares o análogos a los supuestos previstos en el artículo 9.

24. Por otra parte, la noción de relaciones especiales comprende también las relaciones de parentesco por consanguinidad o por afinidad y, en general, toda comunidad de intereses distinta de la relación jurídica que dé lugar al pago de los cánones.

25. En lo que se refiere al régimen aplicable al exceso de los cánones, habrá que apreciar su naturaleza exacta en función de las circunstancias propias de cada caso a fin de determinar la categoría de renta en que debe enmarcarse con vistas a la aplicación de las disposiciones de la legislación tributaria de los Estados interesados y de las disposiciones del Convenio. Si dos Estados contratantes encontrasen dificultades para determinar las otras disposiciones del Convenio aplicables, según el caso, al exceso de los cánones, nada les impediría añadir a

la última frase del apartado 4 algunas precisiones suplementarias a condición de no alterar la pretensión general.

26. En el supuesto de que los principios y reglas de sus legislaciones internas obliguen a cada uno de los Estados contratantes a aplicar artículos diferentes del Convenio a efectos de gravar el referido exceso, será necesario acudir al procedimiento amistoso previsto en el Convenio para resolver el problema.

Observaciones a los Comentarios

27. *España* e *Italia* no se adhieren a la interpretación dada en el párrafo 8.2, y consideran que los pagos efectuados en contraprestación por la transmisión de la propiedad de un elemento comprendido en la definición de cánones están cubiertos por el ámbito de este artículo cuando lo que se transmita no llegue a ser la plena propiedad. Italia adopta esa misma posición en relación con los párrafos 15 y 16.

27.1. Por lo que respecta al párrafo 10.1 *Italia* considera que cuando los contratos otorguen derechos de distribución exclusiva de un producto o servicio junto con otros derechos a los que se refiera la definición de cánones, la parte del pago efectuado, en virtud de dichos contratos, como contraprestación por los derechos de distribución exclusiva de un producto o servicio podrán, dependiendo de las circunstancias, estar cubiertos por el artículo.

28. *España, México* y *Portugal* no se adhieren a la interpretación dada en los párrafos 14, 14.4, 15, 16 y 17.1 a 17.4. España, México y Portugal consideran que los pagos relativos a *software* recaen en el ámbito del artículo cuando lo que se transmita no llegue a ser la plena propiedad de los derechos sobre el *software*, tanto si los pagos constituyen una contraprestación por la cesión del uso de un derecho de autor sobre el *software* para su explotación comercial (excepto los pagos por el derecho de distribución de copias de *software* estándar que no comporte el derecho de adaptación al cliente ni el de reproducción), como si responden a un *software* adquirido para su uso en la actividad económica del adquirente, cuando, en este último caso, se trate de *software* no totalmente estándar sino adaptado de algún modo al adquirente.

29. *México* no se adhiere a la interpretación dada en el párrafo 8.2 y sostiene que los pagos realizados en contraprestación por una cesión de derechos presentada como una enajenación (por ejemplo, con limitación geográfica o temporal) están comprendidos en el ámbito de este artículo, dado que lo que se transmite no son los derechos íntegros inherentes a los elementos de propiedad a los que se refiere la definición.

30. La *República Eslovaca* no se adhiere a la interpretación dada en los párrafos 14, 15 y 17, y considera que los pagos relativos a *software* recaen en el ámbito de este artículo incluso cuando lo que se transmita no llegue a ser la plena propiedad sobre el *software,* tanto si los pagos constituyen una contraprestación por la cesión del uso de un derecho de autor sobre el *software* para su explotación comercial, o como si responden a un *software* adquirido para su uso personal o en la actividad económica del adquirente cuando, en este último caso, se trate de *software* no totalmente estándar sino adaptado de algún modo al adquirente.

31. *Grecia* no se adhiere a la interpretación dada en los párrafos 14 y 15 anteriores y considera que los pagos relativos a *software* recaen en el ámbito de este artículo tanto si constituyen

una contraprestación por el uso (o la cesión del uso) del *software* para su explotación comercial como si se efectúan para el uso personal o en la actividad económica del adquirente.

31.1. Respecto al párrafo 14, *Corea* considera que es posible que este párrafo descuide el hecho de que los conocimientos prácticos pueden transferirse en forma de *software* informático. En consecuencia, Corea considera que los conocimientos prácticos impartidos por no residentes mediante *software* o programas informáticos deben tratarse conforme al artículo 12.

31.2. *Italia* no está de acuerdo con que la interpretación dada en el párrafo 14.4 sea aplicable a todos los casos. Examinará cada uno de ellos teniendo en cuenta todas las circunstancias, comprendidos los derechos otorgados en relación con los actos de distribución.

31.3. En relación con el párrafo 9.1, *Alemania* formula una reserva sobre si, y en qué circunstancias, los pagos efectuados para la adquisición del derecho de disposición de la capacidad de transporte de un conducto o de la capacidad de instalaciones técnicas, líneas o cables para la transmisión de energía eléctrica o comunicaciones (comprendida la retransmisión de programas de radio y televisión) pueden considerarse como pagos efectuados por el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos.

31.4. *Grecia* no se adhiere a la interpretación dada en el sexto guion del párrafo 11.4 y considera que todo lo relacionado con los pagos recae en el ámbito de aplicación del artículo.

31.5. *Grecia* no se adhiere a la interpretación dada en los párrafos 17.2 y 17.3 porque los pagos relacionados con la descarga de *software* informático deben considerarse como cánones aun cuando dichos productos se adquieran para el uso personal o en el marco de la actividad económica del adquirente.

31.6. En relación con el párrafo 9.1, *Chile* y *México* formulan una reserva sobre si, y en qué circunstancias, los pagos efectuados por el derecho de disposición de la capacidad de transporte de un conducto o de la capacidad de instalaciones técnicas, satélites, líneas o cables para la transmisión de energía eléctrica o comunicaciones (comprendida la retransmisión de programas de radio y televisión) pueden considerarse como pagos efectuados por el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos.

31.7. *Turquía* formula una reserva sobre si, y en qué circunstancias, los pagos a los que se refieren los párrafos 9.1, 9.3, 10.1 y 10.2 constituyen cánones.

Reservas al artículo

Apartado 1

32. *Estados Unidos* se reserva el derecho a gravar los cánones pagados por una "entidad expatriada" a una persona relacionada conforme a su legislación interna durante un período de hasta 10 años.

32.1. *Letonia* se reserva el derecho a gravar los cánones en la fuente si el perceptor de la renta es una persona física residente del otro Estado contratante.

33. *Grecia* no se encuentra en situación de aceptar una disposición que le impida estipular, en los convenios bilaterales de doble imposición, una cláusula que le confiera el derecho a gravar los cánones a un tipo de hasta el 10 por ciento.

34. La *República Checa* se reserva el derecho a gravar al tipo del 10 por ciento los cánones que, con arreglo a su legislación, tengan su fuente en la República Checa. También se reserva el derecho a someter los pagos por el uso, o por la cesión del uso, de derechos sobre *software* a un régimen tributario distinto del previsto para los derechos de autor.

35. *Canadá* formula una reserva respecto del apartado 1 y desea mantener en sus convenios bilaterales el impuesto aplicado en la fuente al tipo del 10 por ciento. No obstante, Canadá puede estar dispuesto a conceder la exención del impuesto a los cánones en concepto de derechos de autor referentes a una obra cultural, de teatro, musical o artística, excluyendo de dicho tratamiento los cánones sobre películas cinematográficas, las actuaciones u obras grabadas en película o cinta de vídeo u otros medios de reproducción para su uso en relación con la televisión. Canadá también está dispuesto en la mayoría de los casos a exonerar los cánones relativos a *software* informático, patentes y conocimientos prácticos.

36. *Australia, Chile, Corea, Eslovenia, México, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal,* la *República Eslovaca* y *Turquía* se reservan el derecho a gravar los cánones en la fuente.

37. *Italia* se reserva el derecho a gravar los cánones en la fuente, pero está dispuesta a conceder un régimen favorable a ciertos cánones (por ejemplo, a los cánones relativos a derechos de autor). Italia se reserva también el derecho a someter el uso, o la cesión del uso, de derechos relativos a *software* a un régimen fiscal diferente al aplicable a los derechos de autor.

Apartado 2

38. *Grecia* se reserva el derecho a incluir los pagos mencionados en los párrafos 9.1, 9.2 y 9.3 en la definición de cánones.

39. *Australia* se reserva el derecho a modificar la definición de cánones para incluir los pagos o derechos de crédito que tengan el tratamiento de cánones en su legislación interna.

40. *Canadá, Chile, Letonia,* la *República Checa* y la *República Eslovaca* se reservan el derecho a añadir al apartado 2 las palabras: "por el uso, o la cesión del uso de derechos sobre equipos industriales, comerciales o científicos".

41. *Grecia, Italia* y *México* se reservan el derecho a continuar incluyendo las rentas obtenidas por el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos y de contenedores en la definición de "cánones" como preveía el apartado 2 del artículo 12 del Modelo de Convenio de 1977.

41.1. *Polonia* se reserva el derecho a incluir en la definición del término "cánones" las rentas procedentes del uso o la cesión del uso de derechos sobre equipos industriales, comerciales o científicos y de contenedores.

42. *Nueva Zelanda* se reserva el derecho a gravar en la fuente los pagos por el arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos y de contenedores.

43. [Suprimido.]

44. [Suprimido.]

45. [Suprimido.]

46. *Turquía* se reserva el derecho a gravar en la fuente las rentas del arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos.

46.1. *Estados Unidos* y *México* se reservan el derecho a considerar como canon los beneficios derivados de la enajenación de un elemento patrimonial citado en el apartado 2 del artículo siempre que este beneficio dependa de la productividad, de la utilización o de la disposición del elemento patrimonial.

47. [Suprimido.]

Otras reservas

48. Con objeto de corregir lo que se considera una deficiencia en el artículo, *Australia*, *Bélgica*, *Canadá, Chile, Eslovenia, Estonia, Francia, Letonia, México,* la *República Checa* y la *República Eslovaca* se reservan el derecho a proponer una disposición que defina la fuente de los cánones por analogía con la disposición del apartado 5 del artículo 11, que trata la misma cuestión en lo relativo a los intereses.

49. *México* se reserva el derecho a proponer una disposición por medio de la cual los cánones se consideren procedentes de un Estado contratante cuando tales cánones se refieran al uso o a la cesión del uso de cualquier bien o derecho descrito en el apartado 2 del artículo 12, en ese Estado contratante.

50. La *República Eslovaca* se reserva el derecho a someter los pagos por el uso o por la cesión del uso, de derechos sobre *software* a un régimen distinto del aplicable a los derechos sobre la propiedad intelectual.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 13
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL

I. Observaciones preliminares

1. Si se comparan las legislaciones fiscales de los países miembros de la OCDE, se constata que la imposición de las ganancias de capital varía considerablemente de un país a otro:

— en algunos países las ganancias de capital no se consideran renta imponible;

— en otros países se gravan las ganancias de capital devengadas por las empresas, pero no las obtenidas por una persona física fuera de su actividad económica;

— aun cuando se graven las ganancias de capital obtenidas por una persona física fuera de su actividad económica, a menudo esta imposición solo se aplica a casos específicos; por ejemplo, a los beneficios obtenidos por la venta de bienes inmuebles o a los de carácter especulativo (cuando un activo se compra con la intención de venderlo).

2. Además, los impuestos aplicables a las ganancias de capital varían de un país a otro. En algunos países miembros de la OCDE, las ganancias de capital se gravan como renta ordinaria y, por tanto, se añaden a las rentas derivadas de otras fuentes. Esto es aplicable sobre todo a las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de los activos de una empresa. En varios países de la OCDE, sin embargo, las ganancias de capital están sujetas a impuestos específicos, tales como los impuestos que gravan los beneficios obtenidos de la enajenación de bienes inmuebles, o los impuestos sobre las ganancias de capital en general, o los impuestos sobre las plusvalías. Dichos impuestos gravan cada una de las ganancias de capital, o bien el total de las acumuladas durante un año, normalmente con tipos impositivos especiales sin tener en cuenta las demás rentas (o pérdidas) del contribuyente. No parece necesario describir todos estos impuestos.

3. El artículo no aborda las cuestiones mencionadas anteriormente. Corresponde al derecho interno de cada Estado contratante decidir si deben gravarse las ganancias de capital y, en caso afirmativo, de qué forma. El artículo no puede interpretarse en modo alguno en el sentido de otorgar a un Estado el derecho a gravar las ganancias de capital si ese derecho no está establecido en su legislación interna.

3.1. El artículo no precisa la naturaleza de los impuestos a los que se aplica. Ha de entenderse que el artículo es aplicable a todo tipo de impuestos exigidos por los Estados contratantes sobre las ganancias de capital. El artículo 2 se formula en términos lo suficientemente amplios como para permitir ese fin y para comprender igualmente los impuestos especiales sobre las ganancias de capital. Del mismo modo, cuando el artículo permite a un Estado contratante gravar una ganancia de capital, este derecho se aplica a la totalidad de la ganancia y no únicamente a aquella parte acumulada tras la entrada en vigor de un convenio (salvo disposición en contrario que se adopte en una negociación bilateral), incluso en el caso de un nuevo convenio que sustituya otro anterior que no permitía tal imposición.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Observaciones generales

4. Es normal atribuir el derecho a gravar las ganancias de capital obtenidas por bienes de una naturaleza determinada al Estado al que, según el Convenio, corresponde el derecho a

gravar ese bien y sus rentas. El derecho a gravar las ganancias generadas por la enajenación de un activo empresarial debe atribuirse al mismo Estado, con independencia de si tal ganancia es una ganancia de capital o un beneficio derivado de una actividad económica. En consecuencia, no es necesario distinguir entre ganancias de capital y beneficios comerciales ni establecer disposiciones particulares para determinar si debe aplicarse el artículo específico sobre ganancias de capital o el artículo 7 relativo a la imposición de los beneficios derivados de las actividades económicas. Corresponde a la legislación interna del Estado que aplica el impuesto determinar si debe exigirse un impuesto sobre las ganancias de capital o un impuesto sobre la renta ordinaria. El Convenio no prejuzga esta cuestión.

5. El artículo no contiene una definición detallada de las ganancias de capital que, por las razones antes citadas, sería superflua. Los términos "enajenación de bienes" se utilizan para incluir en concreto las ganancias de capital resultantes de la venta o la permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, de las aportaciones a sociedades a cambio de valores, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión de propiedad *mortis causa*.

6. La mayor parte de los Estados que gravan las ganancias de capital lo hacen con motivo de la enajenación de activos de capital. Algunos Estados, sin embargo, solo gravan las denominadas ganancias de capital "realizadas". No obstante, en algunos casos no se reconoce la ganancia a efectos fiscales aunque se haya producido la enajenación de los bienes (por ejemplo, si se reinvierte el producto de la enajenación en la adquisición de nuevos activos). La existencia o inexistencia de una ganancia realizada debe determinarse conforme la normativa fiscal nacional que resulte de aplicación. No se plantean problemas especiales si el Estado que tiene la potestad tributaria no la ejerce en el momento de la enajenación.

7. En general no se gravan las plusvalías que no van acompañadas de la enajenación de los activos de capital dado que, mientras el propietario conserve los activos en cuestión, las ganancias de capital solo existen sobre el papel. Sin embargo, ciertas legislaciones fiscales gravan las plusvalías y las revalorizaciones de activos empresariales incluso aunque no se produzca la enajenación.

8. Algunas circunstancias especiales pueden llevar a gravar el incremento de valor de un activo aun cuando no se enajene. Ese puede ser el caso cuando el valor de un activo de capital ha aumentado de tal manera que el propietario procede a la revalorización del mismo en su contabilidad. Esa revalorización contable de los activos puede efectuarse también en los casos de depreciación de la moneda nacional. Algunos Estados aplican impuestos especiales sobre esos beneficios contables, la dotación de reservas, los aumentos del capital desembolsado y otras revalorizaciones resultantes del ajuste del valor contable al valor intrínseco de los activos. Tales impuestos sobre las plusvalías están comprendidos en el ámbito del Convenio en virtud del artículo 2.

9. Cuando se gravan las plusvalías y las revalorizaciones de activos empresariales, como regla general se aplicarán los mismos principios que a la enajenación de los activos. No se ha considerado necesario mencionar expresamente tales casos en el artículo ni establecer disposiciones especiales. Las disposiciones de este artículo, así como las de los artículos 6, 7 y 21, parecen ser suficientes. En general, el derecho a gravar lo atribuyen las disposiciones antes mencionadas al Estado de residencia del transmitente, excepto en el caso de los bienes muebles o inmuebles que formen parte del activo empresarial de un establecimiento perma-

nente en el que el derecho de gravamen corresponde, en primer lugar, al Estado donde esté situado el bien considerado. Debe prestarse, sin embargo, especial atención a los supuestos a los que se refieren los párrafos 13 a 17 más adelante.

10. En algunos Estados, la transferencia de un activo desde un establecimiento permanente situado en el territorio de dicho Estado a un establecimiento permanente o a la sede central de la misma empresa situados en otro Estado se asimila a la enajenación de bienes. El artículo no impide a estos Estados gravar los beneficios o las ganancias que se consideran generados en relación con esa transferencia siempre y cuando dicha imposición sea conforme con el artículo 7.

11. El artículo no distingue en cuanto al origen de la ganancia de capital. Se aplica, por consiguiente, a todas las ganancias de capital, las obtenidas durante un largo plazo, paralelamente a una mejora constante de la situación económica, y las obtenidas a muy corto plazo (ganancias especulativas). También se incluyen las ganancias de capital que resultan de la depreciación de la moneda nacional. Naturalmente, a cada Estado le corresponde decidir si tales ganancias deben someterse o no a imposición.

12. El artículo no especifica la forma de calcular las ganancias de capital, lo que corresponde al derecho interno aplicable. Como norma general, las ganancias de capital se determinan deduciendo el coste del precio de venta. El coste se obtiene incrementando el precio de compra en todos los gastos relativos a la misma, además de los gastos de las mejoras. En algunos casos, se utiliza el precio de coste una vez deducidas las amortizaciones efectuadas anteriormente. Algunas legislaciones fiscales ordenan la utilización de una base distinta del precio de coste como, por ejemplo, el valor declarado con anterioridad por el vendedor del activo a efectos del impuesto sobre el patrimonio.

13. Pueden darse problemas particulares en el caso de que la base para la imposición de las ganancias de capital no sea homogénea en ambos Estados contratantes. La ganancia de capital obtenida en la enajenación de un activo, cuantificada en un Estado con arreglo a las reglas mencionadas en el párrafo 12 anterior, pueden no coincidir necesariamente con la ganancia de capital calculada en el otro Estado según las normas contables que en él se apliquen. Tal situación puede producirse cuando un Estado tiene el derecho a gravar las ganancias de capital porque es el Estado donde está situado el activo, mientras el otro Estado tiene el derecho a gravarlas porque la empresa es residente de ese otro Estado.

14. El siguiente ejemplo puede ilustrar este problema: una empresa del Estado A compra bienes inmuebles situados en el Estado B. La empresa puede haber anotado amortizaciones en la contabilidad que lleva en el Estado A. Si el inmueble se vende a un precio superior al coste, podrá realizarse una ganancia de capital y, además, recuperar las amortizaciones dotadas con anterioridad. El Estado B, en el que está situado el bien inmueble y donde no se lleva contabilidad, no está obligado a tener en cuenta las amortizaciones contabilizadas en el Estado A al gravar la renta de dicho inmueble. El Estado B tampoco puede sustituir, en el momento de la enajenación, el precio de coste por el valor que tenga el inmueble en la contabilidad llevada en el Estado A. El Estado B no puede, en consecuencia, gravar las amortizaciones realizadas además de la ganancia de capital como se indica en el párrafo 12 más arriba.

15. Por otra parte, no puede obligarse en todos los casos al Estado A, del que es residente el transmitente, a exonerar completamente tales ganancias contables con arreglo al apartado

1 del artículo y al artículo 23 A (los Estados que aplican el método de crédito difícilmente tendrán problemas). En la medida en que tales beneficios contables se deban a las amortizaciones realizadas previamente en el Estado A que, a su vez, han reducido la renta o el beneficio imponible en dicho Estado A, no puede prohibirse a ese Estado gravar dichos beneficios contables. La situación se corresponde con la que se indica en el párrafo 44 de los Comentarios al artículo 23 A.

16. Pueden plantearse otros problemas en relación con los beneficios debidos a variaciones en los tipos de cambio de las monedas del Estado A y el Estado B. Como consecuencia de la devaluación de la moneda del Estado A, las empresas de dicho Estado A pueden o deben aumentar el valor contable de los activos situados fuera del territorio del Estado A. Además de la devaluación de la moneda de un Estado, las fluctuaciones normales de los tipos de cambio pueden generar las denominadas ganancias o pérdidas de cambio. Tómese, por ejemplo, una empresa del Estado A que ha comprado y vendido bienes inmuebles situados en el Estado B. Si los precios de compra y de venta, ambos expresados en la moneda del Estado B, son iguales, no habrá ganancia de capital en el Estado B. Si la moneda del Estado B experimenta un alza entre la compra y la venta del activo respecto de la moneda del Estado A, la empresa obtendrá una ganancia en la moneda de este Estado. Si en ese período la moneda del Estado B experimenta una baja, el vendedor sufrirá una pérdida que no se reconocerá en el Estado B. Tales ganancias o pérdidas cambiarias pueden producirse, igualmente, en relación con los créditos o deudas contraídos en moneda extranjera. Si en el balance de un establecimiento permanente de una empresa del Estado A situado en el Estado B figuran créditos y deudas expresados en la moneda del Estado B, la contabilidad del establecimiento permanente no mostrará ganancias ni pérdidas en el momento del reembolso. Las fluctuaciones de los tipos de cambio pueden reflejarse, sin embargo, en la contabilidad de la sede central. Si el valor de la moneda del Estado B experimenta un alza (o una baja) entre el momento en que nace el crédito y su reembolso, la empresa, en su conjunto, obtendrá una ganancia (o sufrirá una pérdida). Esto es cierto también respecto de las deudas si entre el momento en que se genera y su pago la moneda del Estado B experimenta una baja (o un alza) de valor.

17. Las disposiciones del artículo no dan solución a todas las cuestiones relacionadas con la tributación de dichas ganancias cambiarias. En la mayoría de los casos, estas ganancias no están relacionadas con la enajenación de un activo; a menudo ni siquiera pueden determinarse en el Estado al que, en virtud del artículo, corresponde el derecho a gravar las ganancias de capital. Por consiguiente, el problema que debe resolverse no consiste, en general, en determinar si el Estado donde está situado el establecimiento permanente tiene el derecho a gravar, sino si el Estado de residencia del contribuyente debe, cuando aplica el método de exención, abstenerse de gravar tales ganancias de cambio que, en la mayoría de los casos, solo pueden reflejarse en la contabilidad de la sede central. La respuesta a esta última cuestión no depende solo de este artículo, sino también del artículo 7 y del artículo 23 A. Si en un caso determinado las diferencias de criterio de los dos Estados resultan en una doble imposición efectiva, el caso debe resolverse conforme al procedimiento amistoso previsto en el artículo 25.

18. Cabe preguntarse, además, cuál es el artículo aplicable en el caso de que la contraprestación por la venta de una propiedad consista en el pago de una renta vitalicia en lugar de un precio fijo. La cuestión es si la renta vitalicia en la medida en que exceda del coste, debe tratarse como una ganancia derivada de la enajenación del bien o como una renta no mencionada en otros artículos del Convenio, según los términos del artículo 21. Existen argumen-

tos de peso similar en apoyo de ambas tesis, y resulta difícil formular una regla a este respecto. Por otra parte, estos problemas se plantean rara vez en la práctica, por lo que no parece necesario incluir una disposición al efecto en el Convenio. Puede dejarse a los Estados contratantes que se vean afectados por el problema que adopten una solución por vía del procedimiento amistoso previsto en el artículo 25.

19. Las disposiciones del artículo no están destinadas a aplicarse a los premios de lotería ni a las primas y premios unidos a los bonos u obligaciones.

20. Los apartados 1 a 4 del artículo se refieren, en primer lugar, a las ganancias procedentes de la enajenación de categorías concretas de bienes. Para las restantes ganancias de capital, el apartado 5 atribuye la potestad tributaria al Estado de residencia del transmitente.

21. Dado que no todos los Estados someten a imposición las ganancias de capital, puede considerarse justificado evitar solamente la doble imposición efectiva. En consecuencia, los Estados contratantes tienen libertad para complementar sus convenios bilaterales de manera que un Estado solo deba renunciar a la potestad tributaria que le reconoce su legislación interna si el otro Estado, al que le corresponde la misma potestad en virtud del Convenio, hace uso efectivo de ella. En tal supuesto, el apartado 5 del artículo deberá completarse en consecuencia. Además, será necesario modificar el artículo 23 A de la forma que se indica en el párrafo 35 de los Comentarios al mismo.

Apartado 1

22. El apartado 1 establece que las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles pueden someterse a imposición en el Estado donde esté situado el inmueble. Esta regla se corresponde con las disposiciones del artículo 6 y del apartado 1 del artículo 22 y se aplica igualmente a los bienes inmuebles que formen parte del activo de una empresa. Para saber qué debe entenderse por bien inmueble, el apartado 1 remite al artículo 6. El apartado 1 del artículo 13 trata únicamente de las ganancias que obtiene un residente de un Estado contratante al enajenar bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante. No se aplica, por tanto, a las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles situados en el Estado contratante del que es residente el transmitente en el sentido del artículo 4, o situados en un tercer Estado; las disposiciones aplicables a esas ganancias son las del apartado 5 (y no las del apartado 1 del artículo 21, como indicaban los Comentarios anteriores al año 2002).

23. Las disposiciones del apartado 4 completan las del 1, y se aplican a las ganancias procedentes de la enajenación de las acciones o participaciones análogas cuyo valor proceda en más del 50 por ciento de bienes inmuebles (véanse los párrafos 28.3 a 28.12 más adelante).

Apartado 2

24. El apartado 2 trata de los bienes muebles que forman parte del activo de un establecimiento permanente de una empresa. La expresión “bienes muebles” comprende todos los bienes distintos de los bienes inmuebles comprendidos en el apartado 1. Comprende también los activos intangibles, como el fondo de comercio, las licencias de uso, los derechos de emisión, etc. Las ganancias resultantes de la enajenación de tales activos pueden someterse a imposición en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente, lo cual coincide con las normas aplicables a los beneficios derivados de actividades económicas (artículo 7).

25. El párrafo especifica que sus disposiciones se aplican también cuando se enajenan los bienes muebles de un establecimiento permanente, así como cuando se enajena el propio establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa). En caso de enajenación del conjunto de la empresa, las disposiciones se aplican a las ganancias que se consideren derivadas de la enajenación de los bienes muebles que forman parte del activo del establecimiento permanente. En tal caso, *mutatis mutandis*, se aplican las disposiciones del artículo 7 sin que ello se mencione expresamente. En cuanto a la transferencia de un activo desde un establecimiento permanente situado en un Estado a un establecimiento permanente (o a la sede central) en otro Estado, véase el párrafo 10 anterior.

26. Por otra parte, el apartado 2 puede no ser aplicable en todos los casos a las ganancias de capital resultantes de la enajenación de una participación en una empresa. Cuando la empresa ejerza su actividad en forma de entidad o instrumento que la legislación fiscal de un Estado considere como transparente, ese Estado, en aplicación del apartado 2 del artículo 13, podrá someter a imposición, en manos de los socios o partícipes no residentes de la entidad o instrumento, las ganancias derivadas de la enajenación de los bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente de la empresa situado en ese Estado, incluso cuando las ganancias se deriven de la enajenación del conjunto de la empresa (véase también el apartado 2 del artículo 1 y los párrafos 2 a 16 de los Comentarios al artículo 1). Cuando, no obstante, una empresa ejerza su actividad en forma de entidad o instrumento que un Estado considere como un contribuyente distinto, residente de uno de los Estados contratantes, ese Estado deberá tratar la enajenación de una participación en dicha entidad o instrumento como la enajenación de acciones de una sociedad a la que se apliquen los apartados 4 o 5 del artículo. Los párrafos 32.4 a 32.7 de los Comentarios sobre los artículos 23 A y 23 B abordan las situaciones en las que las legislaciones nacionales de los dos Estados contratantes difieren a este respecto.

27. Algunos Estados consideran que todas las ganancias de capital procedentes de fuentes situadas en su territorio deben someterse a imposición conforme a su legislación interna cuando el transmitente tenga un establecimiento permanente en su territorio. El apartado 2 no se inspira en esa idea a la que en ocasiones se denomina "fuerza de atracción del establecimiento permanente", sino que simplemente establece que las ganancias resultantes de la enajenación de los bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente pueden someterse a imposición en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente. Las ganancias derivadas de la enajenación de los restantes bienes muebles son gravables exclusivamente en el Estado de residencia del transmitente, como determina el apartado 5. Las explicaciones precedentes coinciden con las contenidas en los Comentarios al artículo 7.

27.1. A los efectos de este apartado, los bienes forman parte del activo de un establecimiento permanente si la propiedad "económica" del bien se asigna a ese establecimiento permanente conforme a los principios desarrollados en el informe del Comité titulado "Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes"[1] (véanse en particular los párrafos 72 a 97 de la Parte I del informe) a los efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. En el contexto de ese apartado, la propiedad "económica" de un bien tiene un significado equivalente a la propiedad por una entidad independiente a los efectos del impuesto sobre la renta, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a las rentas atribuibles a la propiedad de ese bien, el derecho a las amortizaciones que puedan aplicarse y la potenciali-

[1] *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, OCDE, París, 2010.

dad de ganancias o pérdidas derivadas del incremento o reducción del valor del bien). Por tanto, el mero hecho de que un bien se registre, a los efectos contables, en el balance de situación elaborado por el establecimiento permanente, no es suficiente para concluir que ese bien está vinculado efectivamente a ese establecimiento permanente.

27.2. En el caso de un establecimiento permanente de una empresa que desarrolle actividades de seguros, la determinación de si el bien forma parte de los activos del establecimiento permanente se hará siguiendo las pautas contenidas en la Parte IV del Informe del Comité respecto de si la renta o la ganancia procedentes de dicho bien se tienen en cuenta para determinar el rendimiento obtenido por el establecimiento permanente del importe de los activos de inversión que se le hayan atribuido (véanse en concreto los párrafos 165 a 170 de la Parte IV). Al tratarse de unas pautas generales, las autoridades fiscales deben considerar la aplicación de un criterio pragmático y flexible que tenga en cuenta la aplicación coherente y razonable de esas pautas por parte de la empresa a los efectos de identificar los activos concretos que forman parte del activo del establecimiento permanente.

Apartado 3

28. Este apartado establece una excepción a la regla contenida en el apartado 2 en el caso de buques y aeronaves explotados en el tráfico internacional, así como respecto de los bienes muebles afectos a la explotación de tales buques y aeronaves. Generalmente, las ganancias resultantes de la enajenación de dichos activos son gravables exclusivamente en el Estado de la empresa que explota los buques y aeronaves. Esta regla coincide con las disposiciones del artículo 8 y del apartado 3 del artículo 22. Los Estados contratantes que prefieran atribuir la potestad tributaria exclusivamente al Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa, tienen libertad para sustituir en sus convenios bilaterales el apartado 3 por una disposición que se corresponda con la propuesta en el apartado 2 de los Comentarios al artículo 8.

28.1. El apartado 3 se aplica cuando la empresa que enajena los bienes explota ella misma los buques o aeronaves mencionados en ese apartado ya sea en el marco de su propia actividad de transporte o porque los arriende completamente armados, dotados y equipados. Sin embargo, no es aplicable cuando la empresa propietaria del buque o aeronave no los explota (por ejemplo, cuando la empresa arrienda los bienes a otra persona, excepto en el caso de un alquiler ocasional de buques o de aeronaves a casco desnudo como se indica en el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 8). En tal caso, las ganancias obtenidas por el propietario real de esos bienes, o de los bienes muebles afectos, están comprendidos en los apartados 2 o 5.

28.2. [Suprimido.]

Apartado 4

28.3. Al establecer que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones análogas cuyo valor, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, proceda directa o indirectamente en más del 50 por ciento de bienes inmuebles situados en un Estado contratante, pueden gravarse en ese Estado, el apartado 4 está estipulando que las ganancias de la enajenación de dichas acciones o participaciones análogas y las ganancias procedentes de la enajenación de los bienes inmuebles subyacentes, comprendidos en el apartado 1, son también gravables en ese Estado.

28.4. El apartado 4 permite la imposición de la totalidad de las ganancias atribuibles a las acciones o participaciones análogas a las que se aplica incluso cuando una parte del valor de esas acciones o participaciones análogas proviene de activos distintos de bienes inmuebles situados en el Estado de la fuente. En general, se determinará si las acciones u otros derechos comparables de una sociedad obtienen en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación más del 50 por ciento de su valor, directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en un Estado contratante comparando el valor de dichos inmuebles con el de todos los activos propiedad de la sociedad, entidad o instrumento, sin tener en cuenta las deudas u otros pasivos (garantizados o no con hipotecas sobre los bienes inmuebles en cuestión).

28.5. Antes de 2017, el apartado 4 se aplicaba únicamente en el caso de la enajenación de acciones, pero los Comentarios ofrecían a los Estados la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a las ganancias procedentes de la enajenación de las participaciones en otras entidades como sociedades de personas o fideicomisos, que no emiten acciones, siempre que el valor de esas participaciones proceda, de forma similar, principalmente de bienes inmuebles. A tal fin, en 2017 se añadió la referencia a las "participaciones análogas". Al mismo tiempo, se modificó el apartado con el fin de cubrir aquellas situaciones en las que las acciones o las participaciones análogas obtuvieran su valor principalmente de bienes inmuebles en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, y no solo en el momento de esta. Este cambio se introdujo con el fin de impedir las situaciones en las que los activos se aportaban a una entidad poco antes de la venta de acciones u otras participaciones análogas en esa entidad con el fin de diluir la proporción del valor de dichas acciones o participaciones procedente de bienes inmuebles situados en un Estado contratante.

28.6. En sus convenios bilaterales, muchos Estados amplían o reducen el ámbito de este apartado. Es posible, por ejemplo, aumentar o reducir bilateralmente el porcentaje del valor de las acciones o participaciones análogas que debe proceder directa o indirectamente de bienes inmuebles para que la disposición se aplique. Esto se hará simplemente sustituyendo "50 por ciento" por el porcentaje que esos Estados acuerden. Otra variación que pueden convenir también los Estados es restringir la aplicación de dicha disposición a los casos en que el transmitente tenga un cierto nivel de participación en la entidad.

28.7. Asimismo, ciertos Estados consideran que el apartado no debe aplicarse a las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de sociedades o participaciones en entidades o instrumentos que coticen en un mercado de valores reconocido de uno de los Estados, ni tampoco a las ganancias obtenidas en la enajenación de acciones o participaciones análogas habidas en una reorganización societaria o cuando los bienes inmuebles de donde procede el valor de las acciones o participaciones análogas sean bienes inmuebles donde se realiza una actividad económica (por ejemplo, una mina o un hotel). Los Estados que deseen incluir una o más de estas excepciones son libres de hacerlo.

28.8. Otra excepción posible hace referencia a las acciones o participaciones análogas en poder de fondos de pensiones o entidades similares. Conforme a la legislación interna de muchos Estados, los fondos de pensiones y entidades similares quedan exentos con carácter general de impuestos sobre sus rentas procedentes de inversiones. Con el fin de que estas entidades puedan conseguir neutralidad en el tratamiento de sus inversiones nacionales y extranjeras, algunos Estados prevén, de forma bilateral, que las rentas obtenidas por una de

estas entidades residente del otro Estado, incluyendo las ganancias de capital por la venta de acciones o participaciones análogas a que se refiere el apartado 4, queden exentas de tributación en la fuente. Los Estados que deseen proceder de este modo pueden convenir bilateralmente una disposición redactada sobre la base de la contenida en el párrafo 69 de los comentarios al artículo 18.

28.9. Dado que el apartado se aplica a todas las situaciones en las que, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación de las acciones o participaciones análogas, el valor de dichas acciones o participaciones análogas procede en más del 50 por ciento, directa o indirectamente, de bienes inmuebles, el apartado será de aplicación cuando las acciones se enajenen en un plazo de 365 días desde aquel en el que la sociedad vendió a otra entidad el inmueble cuyo valor se tiene en cuenta a los efectos de este apartado. Algunos Estados consideran que, en tal caso, dado que la enajenación del bien inmueble es gravable conforme al apartado 1 en el Estado en el que está situado, no sería apropiado tener en cuenta el valor de ese bien al determinar si las disposiciones del apartado 4 deben aplicarse a la ganancia procedente de la enajenación posterior de las acciones o participaciones análogas. Supongamos, por ejemplo, que una persona física X, residente del Estado R, posee todas las acciones de XCO, una sociedad residente del Estado R. El activo principal de XCO es un bien inmueble situado en el Estado F. En enero de 00 XCO vende ese bien y el Estado F grava la ganancia conforme al apartado 1. A finales de 00 fallece X, circunstancia que según la legislación interna del Estado F equivale, a efectos fiscales, a la venta de las acciones de XCO. En ese caso, algunos Estados consideran que el valor del inmueble enajenado no debe tenerse en cuenta al aplicar el apartado 4 a las acciones que se consideran vendidas como resultado del fallecimiento de X. Estos Estados pueden convenir bilateralmente la sustitución del apartado 4 por una disposición similar a la siguiente:

> 4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de acciones o participaciones análogas, como la participación en una sociedad de personas o en un fideicomiso, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante si, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, el valor de dichas acciones o participaciones análogas procede en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, de bienes inmuebles, tal como se definen en el artículo 6, situados en ese otro Estado (con exclusión de los bienes inmuebles, o parte de los mismos, que se hubieran enajenado entre ese momento y el momento de la enajenación de las acciones o participaciones análogas, siempre que en el momento de esa enajenación posterior el valor de las acciones o participaciones análogas no contenga elemento alguno que proceda, directa o indirectamente, de dichos bienes inmuebles, o parte de los mismos, que se hayan enajenado).

Aquellos Estados a los que les preocupe que pueda abusarse de la excepción prevista en esa disposición opcional acordando ventas entre partes relacionadas, pueden considerar limitar su ámbito de aplicación a las enajenaciones que se realicen entre partes independientes. Igualmente, los Estados cuya legislación interna no reconozca las ganancias de capital en ciertos tipos de enajenaciones, tienen libertad para excluirlas del ámbito de la excepción incluida en esa disposición opcional.

28.10. Finalmente, otra posible exención hace referencia a las acciones y participaciones análogas en sociedades de inversión en el mercado inmobiliario (véanse los párrafos 67.1 a 67.7 de los Comentarios al artículo 10 para obtener más información sobre esta figura). Si bien no parece apropiado hacer una excepción al apartado 4 en el caso de la enajenación de los derechos de un gran inversor en una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario

que podría considerarse la enajenación de una fórmula sustitutiva de una inversión directa en bienes inmuebles, sí puede considerarse adecuado plantear una excepción al apartado 4 en el caso de la enajenación de las participaciones de un pequeño inversor en una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario.

28.11. Como se analizó en el párrafo 67.3 de los Comentarios al artículo 10, puede resultar adecuado considerar que la participación de un pequeño inversor en una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario es un valor, más que una tenencia indirecta de bienes inmuebles. En este sentido, en la práctica resultaría muy difícil administrar la aplicación de la imposición en la fuente para las ganancias procedentes de pequeñas participaciones en una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario con gran pluralidad de inversores. Además, dado que las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario, a diferencia de otras entidades cuyo valor procede básicamente de bienes inmuebles, están obligados a distribuir la mayor parte de sus beneficios, no es probable que existan importantes beneficios residuales sobre los que pueda gravarse el impuesto sobre ganancias de capital (por comparación con otras). Los Estados que compartan este punto de vista pueden acordar bilateralmente incluir, antes de "pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante", términos similares a "excepto las acciones o participaciones análogas propiedad de una persona que posea, directa o indirecta, acciones o participaciones que representen menos del 10 por ciento del total de acciones o participaciones en una entidad si esa entidad es una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario."

28.12. Algunos Estados, sin embargo, consideran que la intención del apartado 4 era la de abarcar toda ganancia derivada de la enajenación de acciones o participaciones análogas en una entidad cuyo valor proceda, básicamente, de bienes inmuebles y que, por lo que respecta a la aplicación de ese apartado, no habría razón para distinguir entre una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario y una entidad cuyas acciones se negocien en mercados de valores, especialmente teniendo en cuenta que una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario no tributa por su renta. Estos Estados consideran que, en tanto no se apliquen excepciones en relación con la enajenación de acciones o participaciones análogas de las entidades que cotizan en mercados de valores (véase el párrafo 28.7 anterior) no deben contemplarse medidas excepcionales para las participaciones en una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario.

28.13. Como la legislación interna de varios Estados no les permite gravar las ganancias contempladas por el apartado 4, los Estados que adopten el método de exención deben velar por que la inclusión del apartado no genere una doble no imposición de dichas ganancias. Estos Estados pueden desear excluir estas ganancias de la exención y aplicar el método de crédito como sugiere el párrafo 35 de los Comentarios a los artículos 23A y 23B.

Apartado 5

29. En lo referente a las ganancias obtenidas en la enajenación de bienes distintos de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4, el apartado 5 establece que serán gravables exclusivamente en el Estado en que resida el transmitente. Esta disposición coincide con las normas establecidas en el artículo 22.

30. El artículo no contiene normas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las acciones de una sociedad, tratadas en el

apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos. Tales ganancias son, por tanto, gravables exclusivamente en el Estado de residencia del transmitente.

31. Si un accionista vende acciones por razón de la liquidación de la sociedad emisora o por una amortización de acciones o por una reducción del capital desembolsado de esa sociedad, la diferencia entre la ganancia obtenida por el accionista y el valor nominal de las acciones puede considerarse, en el Estado de residencia de la sociedad, como distribución de beneficios acumulados, y no como una ganancia de capital. El artículo no impide que el Estado de residencia de la sociedad grave tales distribuciones conforme a los tipos previstos en el artículo 10; tal imposición es admisible ya que esa diferencia está comprendida en la definición del término "dividendos" contenida en el apartado 3 del artículo 10, tal y como se interpreta en el párrafo 28 de los Comentarios al respecto, en la medida en que la legislación interna de ese Estado trate la diferencia como renta procedente de acciones. Como se explica en los párrafos 32.1 a 32.7 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B, cuando el Estado de la sociedad emisora trate esa diferencia como un dividendo, el Estado de residencia del accionista tendrá que eliminar la doble imposición aun cuando, según su legislación interna esa diferencia constituya una ganancia de capital. La misma interpretación puede aplicarse si un deudor reembolsa unos bonos u obligaciones a un precio superior al valor nominal o al valor al que se emitieron; en tal caso, la diferencia puede constituir un interés y, por tanto, quedar sometida a una imposición limitada en el Estado de la fuente de los intereses conforme al artículo 11 (véanse igualmente los párrafos 20 y 21 de los Comentarios al artículo 11).

32. Debe distinguirse la ganancia de capital que puede obtenerse de la venta de acciones adquiridas como resultado del ejercicio de una opción de compra de acciones concedida a un empleado o a un miembro de un consejo de administración, del beneficio derivado de las opciones de compra de acciones comprendidas en los artículos 15 o 16. Los principios en los que se basa esta distinción se analizan en los párrafos 12.2 a 12.5 de los Comentarios al artículo 15 y en el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 16.

Observaciones a los Comentarios

32.1. En relación con el párrafo 3.1, *Alemania* y *Austria* son de la opinión de que cuando entra en vigor un nuevo convenio tributario no puede privarse a esos países del derecho a gravar la plusvalía generada en ellos antes de la fecha en la que el nuevo convenio surte efectos.

Reservas al artículo

33. *España* se reserva el derecho a someter a imposición las ganancias resultantes de la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos cuando la propiedad de dichas acciones, participaciones o derechos otorgue, directa o indirectamente, el derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en España.

34. *Suecia* se reserva el derecho a gravar las ganancias resultantes de la enajenación de bienes por una persona física que, en algún momento durante los diez años que preceden a dicha enajenación, fue residente de Suecia.

35. *Finlandia* se reserva el derecho a gravar las ganancias resultantes de la enajenación de acciones u otros derechos en sociedades finesas, cuando la propiedad de dichas acciones o

derechos atribuya un derecho de disfrute de bienes inmuebles situados en Finlandia y que sean propiedad de la sociedad.

36. *Francia* puede aceptar las disposiciones del apartado 5, pero desea reservarse la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación relativas a la imposición de las ganancias resultantes de la enajenación de acciones o derechos que integren una participación sustancial en el capital de una sociedad residente en Francia.

37. *Estados Unidos* se reserva el derecho a incluir una norma que prevea un incremento en la base del impuesto correspondiente a una persona física por razón de un bien sobre cuyo valor se haya aplicado un "impuesto de salida".

38. *Nueva Zelanda* formula una reserva respecto de los apartados 3 y 5.

39. *Chile* se reserva el derecho a gravar las ganancias de capital resultantes de la enajenación de acciones u otras participaciones en sus sociedades.

40. *Turquía* se reserva el derecho a gravar, conforme a su legislación, las ganancias de capital resultantes de la enajenación en su territorio de bienes muebles y de otros bienes distintos de los mencionados en el apartado 2.

41. No obstante las disposiciones del apartado 5 de este artículo, cuando el importe de la venta de acciones deba considerarse como dividendos con arreglo a la legislación danesa, *Dinamarca* se reserva el derecho a gravar como dividendos dicho importe conforme al apartado 2 del artículo 10.

42. *Letonia* se reserva el derecho a incluir en un artículo específico disposiciones relativas a las ganancias de capital derivadas de actividades realizadas costa afuera en un Estado contratante relacionadas con la prospección o explotación del fondo marino, su subsuelo y sus recursos naturales.

43. *Dinamarca, Irlanda, Noruega* y el *Reino Unido* se reservan el derecho a incluir en un artículo específico disposiciones relativas a las ganancias de capital relacionadas con la prospección y explotación de hidrocarburos costa afuera y a otras actividades conexas.

43.1. *Grecia* se reserva el derecho a incluir en un artículo específico disposiciones relativas a las ganancias de capital relacionadas con la prospección y explotación costa afuera y con actividades conexas.

44. *Dinamarca, Noruega* y *Suecia* se reservan el derecho a incluir disposiciones específicas relativas a las ganancias de capital obtenidas por el consorcio de transporte aéreo *Scandinavian Airlines System* (SAS).

45. *Corea* se reserva el derecho a gravar las ganancias resultantes de la enajenación de acciones u otros derechos que formen parte de una participación sustancial en una sociedad residente.

46. *Estados Unidos* desea reservar su derecho a aplicar su impuesto sobre determinadas ganancias procedentes de bienes inmuebles con arreglo a su legislación sobre inversiones extranjeras en bienes inmuebles –*Foreign Investment in Real Property Tax Act*–.

47. A la vista de su situación particular en materia de navegación marítima, *Grecia* conservará su libertad de acción en lo concerniente a las disposiciones del Convenio relativas a las

ganancias de capital resultantes de la enajenación de buques explotados en el tráfico internacional y de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques.

48. *Irlanda* se reserva el derecho a gravar las ganancias de capital resultantes de la enajenación de bienes por una persona física que haya residido en su territorio en algún momento durante los cinco años anteriores a dicha enajenación.

49. *México* formula una reserva para conservar la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación relativas a la imposición de las ganancias resultantes de la enajenación de acciones o participaciones análogas en una sociedad residente de México.

50. *Estados Unidos* se reserva el derecho a incluir las ganancias resultantes de la enajenación de contenedores en el ámbito del apartado 3 del artículo.

51. *Bélgica*, *Luxemburgo*, *Países Bajos* y *Suiza* se reservan el derecho a no incluir el apartado 4 en sus convenios.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 14
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS SERVICIOS PERSONALES INDEPENDIENTES

[El artículo 14 se suprimió del Modelo de Convenio tributario el 29 de abril de 2000, basándose en el Informe titulado "Cuestiones relativas al artículo 14 del Modelo de Convenio tributario" –"Issues Related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention" / "Problèmes posés par l'article 14 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE"– (aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales, el 27 de enero de 2000 y reproducido en el volumen II página R(16)-1 de la versión íntegra del Modelo de Convenio tributario de la OCDE. Esta decisión reflejó el hecho de que no existían diferencias intencionadas entre los conceptos de establecimiento permanente, en el sentido del artículo 7 y de base fija en el sentido del artículo 14, o entre el modo de calcular los beneficios y el impuesto en función de que se aplicara el artículo 7 o el 14. Además, no siempre estaba claro qué actividades estaban comprendidas en el ámbito del artículo 14 y no en el del 7. El efecto de la eliminación del artículo 14 es que las rentas procedentes de actividades profesionales o de otras actividades de carácter independiente se tratan ahora en el artículo 7 como beneficios resultantes de una actividad económica.]

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 15
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LA RENTA DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA[1]

Apartado 1

1. El apartado 1 establece la regla general aplicable a la imposición de la renta del trabajo por cuenta ajena (distinta de las pensiones) conforme a la que esta renta es gravable en el Estado donde se ejerza. En ocasiones, dirimir si se prestan o no servicios en el ejercicio de un trabajo por cuenta ajena puede generar dificultades que se comentan en los párrafos 8.1 y siguientes. El trabajo por cuenta ajena se ejerce en el lugar donde el empleado esté físicamente presente cuando realiza las actividades por las que se paga la renta correspondiente. Como consecuencia de ese principio, un residente de un Estado contratante que perciba una retribución, por razón de un trabajo por cuenta ajena, de fuentes situadas en el otro Estado, no puede estar sujeto a imposición en ese otro Estado respecto de dicha retribución por el mero hecho de que los resultados de su trabajo se exploten en ese otro Estado.

2. La regla general se exceptúa solamente en el caso de las retribuciones de las tripulaciones de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional (apartado 3 del artículo 15), pensiones (artículo 18) y de las retribuciones y pensiones públicas (artículo 19). Las retribuciones no vinculadas al trabajo por cuenta ajena de los miembros de consejos de administración de sociedades son objeto del artículo 16.

2.1. Los países miembros han entendido generalmente que los términos "sueldos, salarios y otras retribuciones análogas" comprenden las retribuciones en especie obtenidas por razón de un trabajo por cuenta ajena (por ej., las opciones sobre acciones, el uso de una vivienda o un automóvil, seguros médicos o de vida y pertenencia a asociaciones recreativas).

2.2. El requisito establecido por el artículo para que el Estado de la fuente los pueda gravar es que los sueldos, salarios u otras retribuciones análogas se deriven del ejercicio de un trabajo por cuenta ajena en ese Estado. Esto es válido independientemente del momento en que el empleado devengue esa renta, se le pague o la obtenga de manera definitiva.

2.3. En algunos casos puede resultar difícil determinar qué parte de un sueldo, salario u otra retribución análoga pagados a una persona física proviene del ejercicio de un trabajo por cuenta ajena en un cierto Estado. Los párrafos 12.6 a 12.13 más adelante tratan esta cuestión en relación con la concesión de opciones de compra de acciones a un asalariado que ejerce su trabajo en distintos Estados. La dificultad puede plantearse también en el caso de los pagos efectuados tras la finalización del empleo asalariado. Estos pagos pueden plantear problemas relacionados con los convenios en distintas situaciones transfronterizas, entre otras, los casos en los que dichos pagos se efectúan a trabajadores transfronterizos, a los que hayan

[1] Antes de 2000 el título del artículo 15 hacía mención a los "Servicios personales dependientes" por oposición al título del artículo 14 "Servicios personales independientes". Como resultado de la eliminación del artículo 14 (véase su historial en el Volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio de la OCDE*), el título del artículo 15 se modificó para incluir la referencia al "trabajo por cuenta ajena", ya que es este término se utiliza más habitualmente para describir las actividades a las que se aplica el artículo. Este cambio no tuvo por objeto modificar en modo alguno el ámbito de aplicación del artículo.

trabajado en una serie de países distintos durante su vida laboral, o a trabajadores desplazados al extranjero y repatriados poco antes de que concluya su empleo asalariado. Con independencia de la terminología utilizada para describir estos pagos, lo esencial es identificar la contraprestación real de cada uno de ellos en función de los hechos y circunstancias de cada caso, para así poder determinar si tales pagos constituyen "sueldos, salarios u otras retribuciones análogas" y la medida en que dichos pagos, o parte de ellos, pueden considerarse procedentes del ejercicio de un trabajo por cuenta ajena en un Estado dado. Los párrafos que siguen abordan estas cuestiones en relación con distintos tipos de pagos que con frecuencia se realizan tras la finalización del empleo asalariado.

2.4. Las retribuciones pagadas una vez concluido el empleo asalariado por trabajos efectuados previamente (por ejemplo, salarios o bonos correspondientes al último período de trabajo o a comisiones por ventas realizadas en ese período) se considerarán procedentes del Estado en el que se hayan ejercido las actividades laborales por las que se pagan.

2.5. Un pago efectuado por razón de días de vacaciones o de ausencia por enfermedad no utilizados, devengados durante el último año en el que se realizó el trabajo por cuenta ajena son parte de la retribución correspondiente al período de trabajo que generó el derecho a esos días de vacaciones o de enfermedad. Un asalariado puede tener derecho también, al terminar su empleo, al pago de vacaciones y días por enfermedad generados en años anteriores y no utilizados en el transcurso de los mismos. Salvo que los hechos y circunstancias indiquen lo contrario, un pago percibido tras la finalización de un trabajo por cuenta ajena como compensación por días de vacaciones o de enfermedad devengados y no utilizados en años anteriores deben considerarse como un beneficio al que el asalariado tenía derecho por los últimos 12 meses de su empleo, distribuidos proporcionalmente entre los distintos emplazamientos en los que se ejerció dicho trabajo durante ese período. Podría llegarse a una conclusión distinta si, de conformidad con el historial laboral del trabajador, esos días de vacaciones y por enfermedad correspondieran claramente a períodos específicos del trabajo por cuenta ajena ejercido con anterioridad, y el pago constituyera una contraprestación por esos períodos. No obstante, los Estados deben tener en cuenta el hecho de que el antiguo asalariado puede haber tributado ya por esos días de vacaciones o por enfermedad en su devengo. Supongamos, por ejemplo, que en virtud de la legislación fiscal de un Estado, los días de vacaciones y por enfermedad correspondientes a períodos del trabajo ejercido en el territorio de ese Estado se consideran un beneficio imponible durante el ejercicio en el que se ejerció el trabajo correspondiente y se gravan en consecuencia. En ese caso, el Estado de residencia del antiguo asalariado tendrá que conceder una desgravación por doble imposición en el momento del pago posterior de esos días de vacaciones o por enfermedad, y cualquier Estado en el que este antiguo asalariado haya ejercido su empleo durante su último año debe considerar igualmente que los pagos por días de vacaciones o por enfermedad no utilizados correspondientes a años anteriores, y que ya se sometieron a imposición en el momento del devengo, no guardan relación con el empleo asalariado ejercido durante el último año.

2.6. En algunos casos, el empleador (por ley o por contrato) tiene que notificar con antelación al asalariado la terminación de su empleo. Si no se pide al empleado que trabaje durante ese período de preaviso y simplemente se le retribuya, tal retribución se percibe claramente por razón del empleo asalariado y constituye por tanto una retribución obtenida "por razón de" un empleo por cuenta ajena a los efectos del apartado 1. La retribución recibida en ese caso debe considerarse procedente del Estado donde es razonable suponer que el asalariado

hubiera trabajado durante este tiempo de preaviso. A fin de determinar dónde es razonable suponer que el asalariado hubiera trabajado durante el período de preaviso se tendrán en cuenta los hechos y circunstancias del caso. En la mayoría de las ocasiones será el último lugar donde el asalariado trabajó durante un período de tiempo considerable antes de la finalización de su empleo. Además, sería claramente inapropiado tener en cuenta un periodo de trabajo futuro en un Estado donde el asalariado hubiera debido trabajar, cuando en realidad no trabajó en ese Estado durante un tiempo considerable.

2.7. Las indemnizaciones por despido que los empleadores están obligados a realizar (por ley o por contrato) a un asalariado por razón de la finalización de su empleo constituyen una figura distinta. Con frecuencia, aunque no siempre, este pago se calcula por referencia a la duración del trabajo ejercido por cuenta del empleador. Salvo que los hechos y circunstancias lo indiquen de otro modo, esta indemnización por despido debe considerarse una retribución por los últimos 12 meses de trabajo por cuenta ajena, comprendida en el ámbito de este artículo, proporcionalmente distribuida entre los lugares en los que se ejerció el empleo durante ese período. En sí, constituye una retribución percibida por razón de ese empleo asalariado a los efectos de la última frase del apartado 1.

2.8. Una persona física cuyo empleo finalice puede tener base legal para reclamar que tal finalización vulnera su contrato de trabajo, la ley o un convenio colectivo; pueden existir además otros fundamentos jurídicos para reclamar una indemnización en función de las circunstancias en las que se ha puesto fin a ese trabajo por cuenta ajena. Mediante un acuerdo de conciliación o por sentencia, esta persona física puede recibir una indemnización en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones jurídicas o contractuales pertinentes. El tratamiento que se dé a estos pagos en el convenio dependerá de los daños que pretenda resarcir la indemnización. Por ejemplo, las indemnizaciones concedidas por un preaviso insuficiente o por el impago de la indemnización por despido que corresponda por ley o por contrato al antiguo asalariado se considerarán como la retribución que esta indemnización sustituye. Las indemnizaciones de carácter punitivo o las concedidas por motivos tales como un trato discriminatorio o por daños contra el honor deben tratarse de forma distinta; estos pagos estarán normalmente comprendidos en el ámbito del artículo 21.

2.9. Con la terminación del empleo, el antiguo asalariado puede recibir un pago en virtud de las disposiciones de su contrato de trabajo o de un acuerdo de conciliación, en contraprestación por el compromiso de no trabajar para un competidor de su antiguo empleador. Este compromiso está casi siempre limitado temporal y geográficamente. Si bien este pago está directamente relacionado con el trabajo por cuenta ajena y constituye por tanto una "retribución ... obtenid[a] por razón de un empleo por cuenta ajena", en la mayoría de los casos no constituirá una retribución derivada de las actividades propias del empleo ejercido antes de su finalización y, por tanto, será gravable exclusivamente en el Estado en el que reside el perceptor en el momento del pago. Cuando, sin embargo, un pago de esta naturaleza percibido tras la finalización del empleo asalariado constituya esencialmente una retribución por actividades ejercidas en el transcurso de dicho empleo (lo que puede ocurrir cuando, por ejemplo, la obligación de no competir tenga poco valor, o ninguno, para el antiguo empleador), el pago deberá tratarse del mismo modo que las retribuciones percibidas por el trabajo desarrollado durante el tiempo de empleo que corresponda. Del mismo modo, en algunos Estados, una parte de la retribución mensual que percibe un asalariado durante la duración del trabajo por cuenta ajena constituye una compensación por el compromiso de no trabajar

para un competidor durante un cierto período de tiempo tras la finalización de su empleo, de forma que llegado ese momento no percibirá un pago específico en concepto de compensación por no competencia; en tal caso, los principios enunciados en la primera parte de este apartado no serán aplicables y la parte de la retribución percibida durante el empleo que sea atribuible a ese compromiso se tratará de la misma forma que el resto de esa retribución.

2.10. Como se explica en los párrafos 4 a 6 de los Comentarios al artículo 18 son varios los pagos que pueden hacerse tras la finalización de un empleo asalariado por razón de las cotizaciones para la jubilación o los derechos de pensión del antiguo empleado. Según el párrafo 6 de esos comentarios "[e]l que se deba considerarse un pago en particular como una retribución análoga a una pensión o como finiquito por el trabajo ejercido, comprendido en el artículo 15, es una cuestión de hecho". El párrafo cita "[e]l reembolso de cotizaciones para pensiones (por ejemplo, tras un empleo temporal)" como pago no comprendido en el ámbito del artículo 18. En la medida en que dicho reembolso de las cotizaciones constituirá una retribución adicional por un empleo anterior que resulta de la finalización de ese empleo asalariado, se regirá por el artículo 15 y debe considerarse como procedente del Estado en el que se ejercía ese empleo por cuenta ajena en el momento de su finalización.

2.11. Tras la terminación de un empleo por cuenta ajena pueden efectuarse pagos en aplicación de acuerdos de retribución diferida. Estos pagos deben tratarse como retribuciones comprendidas en el artículo 15 y, en la medida en que puedan asociarse a un período concreto del empleo anterior en un Estado dado, deben considerarse procedentes del trabajo por cuenta ajena ejercido en ese Estado. Dado que muchos Estados no permitirán el diferimiento del impuesto sobre las retribuciones del empleo asalariado, aun cuando el pago de las mismas sí se haya diferido, es importante que los Estados que vayan a gravar los pagos de retribuciones diferidas percibidas tras la finalización del empleo velen por eliminar la doble imposición.

2.12. Tras la terminación de un empleo por cuenta ajena son varios los pagos que pueden efectuarse por razón de incentivos en general y opciones de compra de acciones en particular. Si bien el tratamiento que otorgue el convenio a cada uno de esos pagos dependerá de sus propias características, los principios expuestos en los párrafos 12 a 12.15 que conciernen específicamente a las opciones de compra de acciones, resultarán de utilidad para el tratamiento de otras formas de compensación por incentivos.

2.13. Un asalariado puede tener derecho a una cobertura médica o a un seguro de vida durante un cierto tiempo tras la terminación de su empleo. Este asalariado puede tener derecho a otros beneficios, como por ejemplo los servicios de un asesor laboral o una agencia de contratación. Salvo cuando los hechos y circunstancias indiquen otra cosa, dichos beneficios deben considerarse como una retribución comprendida en el artículo, procedente del Estado donde se ejercía el empleo en el momento de su terminación (y, por tanto, el momento en que nace la obligación del pago de esos beneficios).

2.14. Otro tipo de pago que puede realizarse en el momento de la terminación de un empleo por cuenta ajena, o con posterioridad, es una indemnización por la pérdida de rentas futuras tras unas lesiones o una incapacidad sobrevenidas en el transcurso del empleo. El tratamiento que se dé a estos pagos en el convenio dependerá del contexto jurídico en el que se efectúen. Por ejemplo, los pagos realizados a través de un sistema de seguridad social, como las indemnizaciones o prestaciones por accidente laboral, pueden estar comprendidos en el ámbito de los artículos 18, 19 o 21 (véase el párrafo 24 de los Comentarios al artículo 18). Los pagos que

constituyan una pensión se regirán por el artículo 18. Los pagos efectuados porque el asalariado tenga base legal para reclamar a su empleador una indemnización por daños por razón de una enfermedad o un accidente laboral estarán comprendidos normalmente en el artículo 21. Los pagos efectuados por el empleador conforme a los términos del contrato de trabajo aun cuando la enfermedad o las lesiones no sean laborales o cuando el empleador no sea responsable de esa enfermedad o accidente deberán tratarse del mismo modo que las indemnizaciones por despido: en ausencia de hechos y circunstancias que indiquen lo contrario, dicho pago debe considerarse una retribución correspondiente a los 12 meses de empleo anteriores, cubierta por el artículo, y atribuida proporcionalmente a los lugares en los que se ejerció. Sin embargo, las indemnizaciones por incapacidad temporal pagadas en el transcurso de un empleo asalariado, deben tratarse de la misma forma que el pago de los días de enfermedad en el transcurso de ese empleo; tales pagos están comprendidos en el artículo 15 (artículo 17 en el caso de artistas y deportistas) y serán gravables en el Estado en el que el asalariado ejercía normalmente su trabajo antes de contraer la enfermedad o sufrir la lesión.

2.15. Tras la terminación del empleo asalariado, un comercial puede recibir un pago relacionado con la pérdida de futuras comisiones. El tratamiento que se dé a estos pagos en el convenio dependerá del contexto legal en el que se efectúe. Dependiendo de las circunstancias, este pago puede constituir una retribución diferida a la que el comercial tuviera derecho por razón de ventas anteriores, o responder a una cláusula del contrato de trabajo según la cual el comercial tenga derecho a recibir una comisión por las futuras ventas a un cliente que el comercial proporcionó al empleador. En ambos casos, el pago debe tratarse como una retribución por los servicios prestados en el curso del empleo por cuenta ajena que dan derecho a percibir la comisión. Un pago que constituya una compensación por comisiones futuras que el comercial hubiera obtenido probablemente, de haber continuado con su trabajo para el mismo empleador, pueden constituir también una indemnización por despido improcedente o un tipo de indemnización por despido; cuando así sea, el pago deberá tratarse en consecuencia.

2.16. En el marco de un acuerdo transitorio que conduzca a la terminación del empleo, un asalariado puede percibir todo o parte de su sueldo durante un tiempo en el que no ejercerá su trabajo. Cuando el empleador paga el sueldo durante un periodo en el que no se pide al asalariado que trabaje, aun cuando la relación laboral no haya concluido, el sueldo así percibido sigue correspondiendo a un empleo por cuenta ajena y constituye por tanto una retribución obtenida "por razón" del mismo a los efectos del apartado 1. La retribución percibida en ese caso debe considerarse procedente del Estado en el que sería lógico suponer que el asalariado hubiera trabajado durante ese periodo, que en la mayor parte de los casos será el Estado en el que se lleven a cabo las actividades vinculadas al empleo por cuenta ajena antes de su terminación.

Apartado 2

3. El apartado 2 contiene una excepción general a la regla establecida en el apartado 1. Esta excepción alcanza a todas las personas físicas que presten servicios en el marco de un empleo por cuenta ajena (representantes de comercio, trabajadores de la construcción, ingenieros, etc.), en la medida en que su retribución no caiga en el ámbito de aplicación de otros artículos, por ejemplo, los relativos a la función pública o a los artistas y deportistas.

4. Para que la exención prevista en este apartado sea aplicable a la renta de un empleo por cuenta ajena han de cumplirse las tres condiciones establecidas en el mismo. La primera condición limita la exención a las estancias de 183 días. Además, se establece que no podrá sobrepasarse ese plazo temporal "en cualquier período de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado". Esta expresión difiere de la utilizada en el Proyecto de Convenio de 1963 y en el Modelo de Convenio de 1977, que disponía que el período de 183 días no podía sobrepasarse "durante el ejercicio fiscal considerado", redacción que planteaba dificultades cuando los años fiscales de los Estados contratantes no coincidían, y que generaba la oportunidad, por ejemplo, de organizar las operaciones de tal forma que los trabajadores permanecieran en el Estado considerado durante los últimos cinco meses y medio de un año y los primeros cinco meses y medio del siguiente. La redacción actual del subapartado *a*) del apartado 2 cierra esas oportunidades de elusión tributaria. Para aplicar estas disposiciones deberán considerarse todos los períodos de 12 meses consecutivos que sean posibles, incluso aquellos que se solapen con otros hasta cierto punto. Por ejemplo, si un empleado está presente en un Estado durante 150 días entre el 1 de abril de 01 y el 31 de marzo de 02, pero está presente en ese país durante 210 días entre el 1 de agosto de 01 y el 31 de julio de 02, el empleado habrá estado presente por un período que sobrepasa 183 días durante el segundo lapso de 12 meses identificado más arriba, aun cuando no se haya cumplido la condición de presencia mínima en el transcurso del primer período y de que haya un solapamiento parcial del primer período con el segundo.

4.1. La referencia al "ejercicio fiscal considerado" debe interpretarse como una referencia al ejercicio fiscal del Estado contratante en el que un residente del otro Estado contratante ha ejercido su empleo asalariado y durante el que se han prestado los servicios correspondientes. Supongamos, por ejemplo, que el ejercicio fiscal del Estado F es 1 de enero a 31 de diciembre y que un residente del Estado R está presente en el Estado F, donde ejerce su empleo, entre el 1 de agosto 00 y el 28 de febrero 01. A Los efectos del subapartado *a*) del apartado 2, podrá considerarse cualquier período de 12 meses que comience entre el 1 de enero y el 31 de diciembre 00 o que concluya entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 01 y que englobe cualquier parte del período en el que se prestan los servicios vinculados al empleo. Por ejemplo, el período de 12 meses comprendido entre el 1 de agosto 00 y el 31 de julio 01, que comienza en el ejercicio fiscal 00 y durante el que la persona está presente en el Estado F durante más de 183 días, incluirá los servicios vinculados al empleo prestados en ese Estado entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre 00; de forma similar, el período de 12 meses comprendido entre el 1 de marzo 00 y el 28 de febrero 01, que termina en el ejercicio fiscal 01 y durante el que la persona está presente en el Estado F durante más de 183 días, comprenderá los servicios vinculados al empleo prestados en ese Estado entre el 1 de enero y el 28 de febrero 01. La imposición de la retribución correspondiente al ejercicio de ese esos servicios vinculados al empleo no tiene que producirse necesariamente en el transcurso del ejercicio fiscal considerado: como se explica en los apartados 2.2 anterior y 12.1 más adelante, el artículo permite a un Estado gravar las rentas obtenidas por razón del empleo ejercido en ese Estado en un año concreto aun cuando la retribución por los servicios prestados en relación con el empleo se perciba, o el impuesto se aplique, en años distintos.

5. Aunque los países miembros han utilizado fórmulas diversas para calcular el período de 183 días, solo hay un método coherente con los términos de este apartado: el de los "días de presencia física". La aplicación de este método es simple ya que la persona física está en el

país o no está. Es, además, relativamente fácil para el contribuyente aportar pruebas de su presencia cuando lo requieran las autoridades fiscales. Con arreglo a este método, se incluyen en el cálculo: un día no completo, el día de llegada, el día de partida y los demás días pasados en el territorio del Estado de la actividad, incluyendo los sábados, domingos, fiestas nacionales, vacaciones tomadas antes, durante o después de la actividad; interrupciones de corta duración (períodos de formación, huelgas, cierre patronal, demoras en la recepción de suministros); bajas por enfermedad (salvo que impidan la marcha de la persona física que, de no ser así, hubieran computado para la exención) y por causa de muerte o enfermedad en el entorno familiar. Sin embargo, los días pasados en tránsito en el Estado de la actividad en el curso de un viaje entre dos puntos fuera de ese Estado deben excluirse del cómputo. De lo anterior se sigue que los días completos pasados fuera del Estado de la actividad, ya sea por vacaciones, viajes de trabajo o por cualquier otra causa, no deberán contabilizarse. Todo día en el que parte de él, por pequeña que sea, el contribuyente esté presente en un Estado contará como un día de presencia en dicho Estado a efectos del cómputo del período de 183 días.

5.1. Sin embargo, los días durante los que el contribuyente sea residente del Estado de la fuente no deben formar parte del cómputo. El subapartado *a*) debe leerse en el contexto de la primera parte del apartado 2, en el que se hace referencia a "las retribuciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo por cuenta ajena ejercido en el otro Estado contratante", expresión que no comprende a las personas que residan y trabajen en un mismo Estado. La expresión "el perceptor permanezca" del subapartado *a*) se refieren al perceptor de la retribución y, durante el periodo que reside en el Estado de la fuente, no puede decirse de esa persona que sea el perceptor de una retribución obtenida por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo por cuenta ajena ejercido en el otro Estado contratante. Los siguientes ejemplos ilustran esta conclusión:

— Ejemplo 1: desde enero de 01 a diciembre de 01, X vive en el Estado F, del que es residente. El 1 de enero de 02 lo contrata un empleador residente del Estado R, a donde se traslada y del que se convierte en residente. Posteriormente, el empleador envía a X al Estado F desde el 15 al 31 de marzo de 02. En ese caso, X está presente en el Estado F durante 292 días comprendidos entre el 1 de abril de 01 y el 31 de marzo de 02 pero, dado que él es residente del Estado F entre el 1 de abril de 01 y el 31 de diciembre de 01, el primer período no se tiene en cuenta a los efectos del cómputo del plazo al que se hace referencia en el subapartado *a*).

— Ejemplo 2: desde el 15 hasta el 31 de octubre de 01, Y, residente del Estado R, está presente en el Estado F para preparar la expansión en ese país de la actividad económica de ACO, también residente del Estado R. El 1 de mayo de 02, Y se traslada al Estado F, donde se convierte en residente y trabaja como directora de una filial de nueva creación de ACO, residente del Estado F. En ese caso, Y está presente en el Estado F durante 184 días entre el 15 de octubre de 01 y el 14 de octubre de 02 pero, dado que es residente del Estado F entre el 1 de mayo y el 14 de octubre de 02, este último período no se tiene en cuenta a los efectos del cómputo del plazo al que se hace referencia en el subapartado *a*).

6. La segunda condición es que el empleador que paga las retribuciones no sea residente del Estado en que se realiza la actividad. Algunos Estados miembros pueden considerar, sin embargo, que es inadecuado extender la excepción del apartado 2 a los casos en que el em-

pleador no sea residente del Estado de residencia del asalariado, ya que pueden darse dificultades administrativas para determinar las rentas percibidas por el asalariado por razón del empleo o para hacer efectivas las obligaciones del empleador en lo referente a la práctica de retenciones. Los Estados contratantes que compartan dicha posición pueden adoptar la siguiente redacción como alternativa al subapartado *b)* del apartado 2:

b) el pagador, o aquel por cuenta de quien se paguen las retribuciones, sea residente del Estado mencionado en primer lugar, y

6.1. La aplicación de la segunda condición en el caso de sociedades de personas fiscalmente transparentes presenta dificultades, ya que dichas sociedades no tienen la calificación de residentes de un Estado contratante de acuerdo con el artículo 4 (véase el párrafo 8.8 de los Comentarios al artículo 4). Aunque es evidente que una sociedad de personas puede tener la calificación de "empleador" (en particular, según las definiciones dadas a dicho término en la legislación interna de ciertos países, por ejemplo, si un empleador se define como una persona sujeta al impuesto sobre los salarios), la aplicación de la condición al nivel de la sociedad de personas sin tener en cuenta la situación de los socios vaciaría de sentido a esa condición.

6.2. El objeto y propósitos de los subapartados *b)* y *c)* del apartado 2 son evitar la tributación en la fuente de los empleos de corta duración en la medida en que las retribuciones no se admitan como un gasto deducible en el Estado de la fuente porque el empleador no esté sujeto a imposición en ese Estado, al no ser residente del mismo, ni disponer en él de un establecimiento permanente. Estos subapartados pueden estar justificados también por el hecho de que imponer la obligación de deducción en la fuente, cuando se trata de empleos de corta duración en un cierto Estado, puede considerarse una carga administrativa excesiva si el empleador no reside en el citado Estado ni tiene en él un establecimiento permanente. Con el fin de llegar a una interpretación correcta del subapartado *b*), que esté en consonancia con su contexto y su objeto, deberá considerarse que, en el caso de entidades o instrumentos fiscalmente transparentes como las sociedades de personas, dicho subapartado se aplica al nivel de los socios o miembros. Así, los conceptos de "empleador" y "residente" que figuran en el subapartado *b)* se aplicarían en el nivel de los socios o miembros y no en el de la entidad o instrumento fiscalmente transparentes. Este enfoque es coherente con el del apartado 2 del artículo 1, según el cual el beneficio de otras disposiciones de los convenios tributarios debe concederse respecto de las rentas gravadas en el nivel de los socios o miembros y no en el de la entidad o instrumento que se consideran fiscalmente transparentes. Aunque esta interpretación puede generar dificultades cuando los socios o miembros residan en distintos Estados, estas pueden abordarse mediante procedimiento amistoso para determinar, por ejemplo, el Estado en el que residen los socios o miembros propietarios de la participación mayoritaria en la entidad o instrumento (es decir, el Estado en el que se reclama la parte más importante de la deducción).

7. En virtud de la tercera condición, si el empleador tiene un establecimiento permanente en el Estado donde se ejerce el empleo, la exención es aplicable a condición de que las retribuciones no corran a cargo del establecimiento permanente. La expresión "corran a cargo de" debe interpretarse a la luz del propósito subyacente en el subapartado *c*) del artículo que consiste en garantizar que la excepción prevista en el apartado 2 no se aplique a la retribución potencialmente deducible, teniendo en cuenta los principios del artículo 7 y la naturaleza de la retribución, al calcular los beneficios de un establecimiento permanente situado en el Estado en el que se ejerce el empleo.

7.1. El hecho de que el empleador haya solicitado efectivamente o no una deducción por la retribución al calcular los beneficios atribuibles al establecimiento permanente no es necesariamente concluyente, ya que el criterio correcto es si, al determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, debe tenerse en cuenta cualquier deducción que fuera aplicable en relación con esa retribución. Este criterio se cumplirá, por ejemplo, aun cuando no se deduzca realmente importe alguno porque el establecimiento permanente esté exento de impuesto en el país de la fuente o porque el empleador simplemente decida no solicitar la deducción a la que tiene derecho. También se cumplirá si la retribución no fuera deducible únicamente por razón de su naturaleza (por ejemplo, si el Estado considera que la emisión de acciones a consecuencia de una opción que el asalariado tenga sobre acciones no genera derecho a una deducción) y no porque no deba atribuirse al establecimiento permanente.

7.2. A los efectos de determinar los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente en virtud del apartado 2 del artículo 7, la retribución pagada a un asalariado de una empresa de un Estado contratante por razón de los servicios prestados en el marco de su empleo en el otro Estado en beneficio de un establecimiento permanente de la empresa situado en ese otro Estado, puede, en función de las circunstancias, generar una deducción directa o la deducción de un importe estimado, por ejemplo, por los servicios prestados al establecimiento permanente por otra parte de la empresa. En este último caso, dado que el importe estimado requerido por la ficción jurídica de la empresa distinta e independiente aplicable en virtud del apartado 2 del artículo 7 es meramente un mecanismo previsto en ese apartado a los fines exclusivos de determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, esta ficción no afecta a la determinación de si es el establecimiento permanente quien soporta o no la retribución.

8. Existe una relación directa entre los principios que subyacen a la excepción descrita en el apartado 2 y el artículo 7. El artículo 7 se basa en el principio de que una empresa de un Estado contratante no debe estar sujeta a imposición en el otro Estado a menos que su presencia económica en ese otro Estado haya alcanzado un nivel suficiente como para constituir un establecimiento permanente. La excepción del apartado 2 del artículo 15 extiende este principio a la imposición de los empleados de dicha empresa cuando sus actividades se lleven a cabo en el otro Estado durante un periodo relativamente breve. Los subapartados *b)* y *c)* aclaran que esta excepción no se aplica cuando los servicios vinculados al empleo se presten a una empresa cuyos beneficios estén sujetos a imposición en un Estado, bien porque los lleva a cabo un residente de ese Estado o porque tenga un establecimiento permanente situado allí al que sean atribuibles los servicios.

8.1. En ocasiones, puede resultar difícil determinar si los servicios prestados en un Estado por una persona física residente de otro Estado, a una empresa del Estado mencionado en primer lugar (o que tiene un establecimiento permanente en ese Estado) constituyen servicios vinculados al ejercicio de un empleo por cuenta ajena, a los que será aplicable el artículo 15, o servicios prestados por una empresa distinta, a los que se aplicará el artículo 7 o, de forma más general, si recaen en el ámbito de la excepción. Si bien en versiones anteriores los Comentarios trataban los casos en los que los instrumentos se estructuraban esencialmente para obtener el beneficio de la exención prevista en el apartado 2 del artículo 15, se observó que los mismos problemas podían plantearse en muchos otros casos que no entrañaban operaciones realizadas por motivos fiscales, por lo que se modificaron los Comentarios con la intención de tratar estas cuestiones de forma más amplia.

8.2. En algunos Estados, una relación contractual formal no se cuestionará a efectos fiscales a menos que exista alguna prueba de que se trata de una maniobra y estos Estados consideren, por legislación interna, que solo existen servicios vinculados a un empleo en presencia de una relación laboral formal.

8.3. Si a los Estados en que esto ocurra les preocupa que este criterio pueda conducir a la concesión de los beneficios de la excepción prevista en el apartado 2 en situaciones no deseadas (por ejemplo, los denominados casos de "contratación de mano de obra"), tienen la libertad de adoptar bilateralmente una disposición redactada en los siguientes términos:

> El apartado 2 de este artículo no se aplica a las retribuciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo ejercido en el otro Estado contratante, cuyo pagador, o aquel por cuenta de quien se paguen, sea un empleador no residente de ese otro Estado, si:
>
> *a*) en el transcurso de ese empleo el perceptor presta sus servicios a una persona distinta del empleador y esa persona, directa o indirectamente, supervisa, dirige o controla la forma en la que se prestan esos servicios; y
>
> *b*) esos servicios constituyen parte integrante de las actividades económicas ejercidas por esa persona.

8.4. No obstante, en muchos Estados se han desarrollado diversos criterios legislativos o jurisprudenciales (por ejemplo, la regla de la primacía del fondo sobre la forma) a fin de distinguir los casos en los que los servicios prestados por personas físicas a una empresa deben considerarse realizados en el marco de un trabajo por cuenta ajena (contrato por obra o servicio) de aquellos en los que los servicios deben considerarse prestados en virtud de un contrato para la prestación de servicios entre dos empresas independientes (contrato de prestación de servicios). Esta distinción sigue siendo importante en el momento de aplicar las disposiciones del artículo 15, en concreto las de los subapartados *b)* y *c)* del apartado 2. Con sujeción a la limitación descrita en el párrafo 8.11 y a menos que el contexto de un convenio concreto lo requiera de otro modo, se estará a lo dispuesto en la legislación interna del Estado de la fuente para determinar si los servicios prestados por una persona física en ese Estado lo son por razón de un empleo por cuenta ajena, y esa determinación regirá la aplicación del Convenio por ese Estado.

8.5. En algunos casos, los servicios prestados por una persona física a una empresa pueden considerarse como prestados en el marco de un empleo por cuenta ajena a los efectos de los impuestos nacionales, aun cuando los servicios se presten en virtud de un contrato formal para la prestación de servicios entre la empresa que los adquiere, de una parte y, por la otra, o bien la persona física por sí misma u otra empresa que haya empleado formalmente a esa persona o con la que esta haya celebrado otro contrato formal para la prestación de servicios.

8.6. En tales casos, la legislación interna pertinente puede ignorar el modo en que se califican los servicios en los contratos formales y centrarse en primera instancia en la naturaleza de los servicios prestados por la persona física y su integración en la actividad económica que desarrolle la empresa que adquiere los servicios a los efectos de concluir que existe una relación de empleo por cuenta ajena entre la persona física y esa empresa.

8.7. Dado que el concepto de empleo por cuenta ajena al que se refiere el artículo 15 se determinará de conformidad con la legislación interna del Estado que aplica el convenio (con sujeción a la limitación descrita en el párrafo 8.11 y salvo que el contexto de un convenio

concreto lo exija de otro modo), se deduce que un Estado que considera tales servicios como servicios prestados por razón de un empleo asalariado, aplicará el artículo 15 en consecuencia. Lo lógico es concluir, por tanto, que la empresa a la que se prestan los servicios tiene una relación laboral con la persona que los lleva a cabo, siendo por tanto su empleadora a los efectos de los subapartados *b)* y *c)* del apartado 2. Esta conclusión es coherente con el objeto y el propósito del apartado 2 del artículo 15, dado que, en ese caso, los servicios prestados en el marco de un empleo asalariado pueden considerarse prestados a un residente del Estado en el que se llevan a cabo.

8.8. Como se mencionó en el párrafo 8.2, aun cuando la legislación interna del Estado que aplica el Convenio no plantee la posibilidad de cuestionar una relación contractual formal y, por tanto, no permita al Estado considerar que los servicios prestados a una empresa local por una persona física formalmente empleada por un no residente se llevan a cabo en el marco de un empleo asalariado (contrato por obra o servicio) con esa empresa local, ese Estado podrá denegar la aplicación de la excepción del apartado 2 en los casos abusivos, como reconoce el apartado 9 del artículo 29 (véanse también los párrafos 54 a 80 de los Comentarios al artículo 1).

8.9. [Suprimido.]

8.10. El enfoque descrito en los párrafos precedentes permite por tanto al Estado en el que se ejerce la actividad denegar la aplicación del apartado 2 en los casos abusivos y en aquellos en los que, por razón del concepto de trabajo por cuenta ajena contenido en su legislación interna, los servicios prestados a una empresa local por una persona física formalmente empleada por un no residente se entienden prestados en el marco de una relación de empleo asalariado (contrato por obra o servicio) con esa empresa local. Este enfoque garantiza la eliminación de la doble imposición en el Estado de residencia de la persona física aun cuando ese Estado, en aplicación de su legislación interna, no considere que existe una relación de empleo por cuenta ajena entre la persona física y la empresa a la que se prestan los servicios. Naturalmente, en la medida en que el Estado de residencia admita que el concepto de empleo por cuenta ajena en la legislación fiscal del Estado de la fuente o la existencia de instrumentos que constituyan un abuso del Convenio permiten a ese Estado someter a imposición las rentas obtenidas por una persona física por razón de un empleo asalariado de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio, tendrá que eliminar la doble imposición conforme a las obligaciones que se desprenden de los artículos 23A y 23B (véanse los párrafos 32.1 a 32.7 de los Comentarios a estos artículos). Podrá recurrirse al procedimiento amistoso previsto en el apartado 1 del artículo 25 para abordar aquellos casos en los que el Estado de residencia considere que el otro Estado no ha aplicado correctamente el planteamiento antes descrito y, por tanto, considere que el otro Estado no ha sometido a imposición la renta en cuestión conforme a las disposiciones del Convenio.

8.11. Sin embargo, para llegar a concluir que, en aplicación de la legislación interna, debe ignorarse una relación contractual formal, habrá que atenerse a criterios objetivos. Así, un Estado no puede sostener que, en aplicación de su normativa, los servicios se consideran prestados en el marco de un empleo por cuenta ajena cuando, conforme a los hechos y circunstancias del caso, sea obvio que esos servicios se prestan en virtud de un contrato para la prestación de servicios celebrado entre dos empresas independientes. La exención prevista en el apartado 2 del artículo 15 carecería de sentido si se permitiera a los Estados considerar como servicios prestados por razón de un empleo asalariado aquellos casos en los que claramente no exista

una relación laboral, o si se denegara el estatus de empleador a una empresa explotada por un no residente cuando resulte obvio que la empresa presta servicios, mediante su propio personal, a una empresa explotada por un residente. Por el contrario, cuando un Estado pueda considerar correctamente que los servicios prestados por una persona física lo son por razón de una relación de trabajo por cuenta ajena y no en virtud de un contrato para la prestación de servicios celebrado entre dos empresas, ese Estado deberá considerar también, lógicamente, que la persona física no explota la actividad económica de la empresa que constituye su empleador formal; esto puede ser importante, por ejemplo, a los efectos de determinar si esa empresa tiene un establecimiento permanente en el lugar en el que la persona física desarrolla su actividad.

8.12. Sin embargo, puede que para un Estado no siempre sea fácil determinar si los servicios prestados por una persona física pueden considerarse adecuadamente como prestados por razón de una relación de trabajo por cuenta ajena y no prestados en virtud de un contrato para la prestación de servicios que hubieran celebrado dos empresas. Los desacuerdos entre Estados sobre esta cuestión deberán resolverse teniendo en cuenta los siguientes principios y ejemplos (recurriendo, cuando sea necesario, al procedimiento amistoso).

8.13. La naturaleza de los servicios prestados por la persona física será un factor importante dado que lo lógico es asumir que un empleado presta servicios que formen parte de la actividad económica que desarrolla su empleador. Por tanto, es importante determinar si los servicios prestados por la persona física forman parte de la actividad económica de la empresa para la que los presta. A tal fin, resultará clave dirimir qué empresa asume la responsabilidad o el riesgo respecto de los resultados generados por el trabajo de la persona física. No obstante, es obvio que este análisis únicamente resultará relevante si la persona física presta sus servicios directamente a una empresa. Cuando, por ejemplo, una persona física preste servicios a un fabricante por contrato o a una empresa a la que se subcontrata la actividad, esa persona física no está prestando sus servicios a las empresas receptoras de los bienes o servicios en cuestión.

8.14. Cuando la comparación de la naturaleza de los servicios prestados por la persona física con la actividad económica ejercida por su empleador formal y por la empresa a la que se prestan los servicios revele una relación de trabajo por cuenta ajena que difiere de la relación contractual formal, los factores adicionales que siguen pueden ayudar a determinar si este es realmente el caso:

— quién está facultado para dar instrucciones a la persona física en relación con el modo en que debe realizarse el trabajo;

— quién controla el lugar en el que se lleva a cabo el trabajo y es responsable de él;

— el empleador formal factura la retribución percibida por la persona física directamente a la empresa a la que se prestan los servicios (véase el párrafo 8.15 más adelante);

— quién pone a disposición del trabajador las herramientas y materiales necesarios;

— quién determina el número de personas que van a desarrollar el trabajo y su cualificación;

— quién está facultado para elegir a la persona física que ejecutará el trabajo y para poner fin a los acuerdos contractuales acordados con el trabajador a ese fin;

— quién está facultado para imponer medidas disciplinarias en relación con el trabajo efectuado por esa persona física;

— quién determina los períodos de vacaciones y el plan de trabajo de esa persona física.

8.15. Cuando una persona física que es formalmente un trabajador asalariado de una empresa presta servicios a otra empresa, los acuerdos financieros concluidos entre ambas empresas serán obviamente pertinentes –más no necesariamente determinantes– a los efectos de concluir si el empleador formal factura directamente la retribución percibida por la persona física a la empresa a la que se prestan los servicios. Por ejemplo, si los cargos efectuados por la empresa que formalmente emplea a la persona física comprenden la retribución, las prestaciones derivadas de su condición de empleado y otros costes salariales de esa persona física por los servicios que ha prestado a la otra empresa, sin incluir un elemento de beneficio, o con un elemento de beneficio calculado como porcentaje de dicha retribución, beneficios y otros costes salariales, esto sería indicativo de que el empleador formal carga directamente la retribución de la persona física a la empresa a la que presta el servicio. Sin embargo, no debería considerarse así en el caso de que los cargos efectuados por los servicios no tuvieran relación con la retribución de la persona física o si dicha retribución fuera únicamente uno de los muchos elementos considerados al calcular el cargo por lo que en realidad constituye un contrato para la prestación de servicios (por ejemplo, cuando una consultora factura a su cliente sobre la base de una tarifa por hora en relación con el tiempo empleado por uno de sus trabajadores en la ejecución de un contrato determinado, y esa tarifa tiene en cuenta los distintos costes de la empresa), a reserva de que esto sea conforme con el principio de plena competencia si las dos empresas están asociadas. Sin embargo, es importante señalar que la cuestión de si el empleador formal carga directamente la retribución de la persona física a la empresa a la que se prestan los servicios es solo uno de los factores subsidiarios que deben tenerse en cuenta para determinar si un Estado puede considerar adecuadamente que los servicios prestados por esa persona física se enmarcan en una relación de trabajo por cuenta ajena y no en un contrato de prestación de servicios celebrado entre dos empresas.

8.16. Ejemplo 1: Aco, una sociedad residente del Estado A, celebra un contrato con Bco, sociedad residente del Estado B, para la prestación de servicios de formación. Aco está especializada en la formación para la utilización de *software* diverso y Bco desea formar a su personal en la utilización de un *software* recientemente adquirido. Se envía a X, un empleado de Aco, residente del Estado A a las oficinas de Bco en el Estado B para que imparta los cursos de formación en el marco de ese contrato.

8.17. En ese caso, el Estado B no podrá sostener que X tiene una relación de trabajo por cuenta ajena con Bco o que Aco no es el empleador de X a los efectos de la aplicación del convenio entre los Estados A y B. X es formalmente un empleado de Aco, cuyos servicios, analizados a la luz de los factores descritos en los párrafos 8.13 y 8.14, forman parte de la actividad económica de Aco. Los servicios que X presta a Bco por cuenta de Aco se enmarcan en el contrato firmado entre ambas empresas. Por tanto, siempre que X no esté presente en el Estado B durante más de 183 días durante cualquier período de 12 meses considerado y que Aco no tenga en el Estado B un establecimiento permanente que soporte la carga de la retribución de X, la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 15 será aplicable a la retribución de X.

8.18. Ejemplo 2: Cco es una sociedad residente del Estado C, matriz de un grupo de sociedades entre las que se encuentra Dco, una sociedad residente del Estado D. Cco ha desarrollado una nueva estrategia de comercialización mundial para los productos del grupo. Con la intención de garantizar que Dco entiende y aplica correctamente la estrategia, siendo esta última quien vende los productos del grupo, Cco envía a X, uno de sus empleados que ha trabajado en el desarrollo de esa estrategia, para trabajar en la sede de Dco durante 4 meses, a fin de instruir a Dco en materia de comercialización y de garantizar que el departamento de comunicaciones de Dco entiende y cumple la estrategia de comercialización mundial.

8.19. En ese caso, la actividad de Cco incluye la gestión de las actividades de comercialización mundial del grupo y los propios servicios de X forman parte de esa actividad económica. Si bien podría argüirse que fácilmente Dco podría haber contratado a un empleado para el desarrollo de la función de asesoramiento de la sociedad en relación con la comercialización, es obvio que frecuentemente son los consultores quienes desarrollan esa actividad, especialmente cuando es necesario contar con unos conocimientos especializados y durante un plazo de tiempo relativamente breve. Igualmente, la función de control del cumplimiento de la estrategia de comercialización mundial del grupo se enmarca en la actividad de Cco, más que en la de Dco. La excepción del apartado 2 del artículo 15 debe aplicarse, por tanto, siempre que se satisfagan las restantes condiciones para su aplicación.

8.20. Ejemplo 3: una multinacional posee y explota hoteles en todo el mundo a través de una serie de filiales. Eco, una de ellas, es residente del Estado E en el que posee y explota un hotel. X es un empleado de Eco que trabaja en ese hotel. Fco, otra filial del grupo, posee y explota un hotel en el Estado F en el que hay carencia de empleados con competencia en lenguas extranjeras. Por esa razón, se envía a X a trabajar durante 5 meses a la recepción del hotel de Fco. Fco paga los gastos de viaje a X, que formalmente continúa adscrito a Eco, de quien sigue además percibiendo su retribución; Fco paga a Eco unos honorarios de gestión por razón de la retribución de X, las cotizaciones a sus seguros sociales y otros beneficios derivados de su condición de empleado durante el período en cuestión.

8.21. En ese caso, el trabajo ejercido en la recepción del hotel del Estado F, analizado a la luz de los factores descritos en los párrafos 8.13 y 8.14, puede considerarse como parte de la actividad económica de Fco consistente en la explotación de ese hotel, en lugar de parte de la actividad de Eco. Según el criterio descrito anteriormente si, en virtud de la legislación interna de F, los servicios de X se consideran prestados a Fco por razón de una relación de trabajo por cuenta ajena, el Estado F podría lógicamente considerar que Fco es el empleador de X, dejando sin aplicación la excepción del apartado 2 del artículo 15.

8.22. Ejemplo 4: Gco es una sociedad residente del Estado G. Su actividad económica consiste en satisfacer la necesidad de las empresas de contar temporalmente con personal altamente especializado. Hco es una sociedad residente del Estado H que presta servicios de ingeniería en obras. A fin de dar cumplimiento a uno de sus contratos en el Estado H, Hco precisa de un ingeniero para un plazo de 5 meses y contacta con Gco a tal fin. Gco contrata a X, un ingeniero residente del Estado X con quien firma un contrato de trabajo por cuenta ajena por cinco meses. En un contrato distinto celebrado entre Gco y Hco, Gco acuerda prestar los servicios de X a Hco durante ese período. En virtud de estos contratos, Gco se hará cargo de la retribución de X, sus cotizaciones a los seguros sociales, los gastos de viaje y otras percepciones y gastos relacionados con su empleo.

8.23. En ese caso, X presta servicios de ingeniería, mientras que la actividad de Gco es la de dar satisfacción a las necesidades empresariales a corto plazo de otras empresas. Por su propia naturaleza, los servicios prestados por X no constituyen parte de la actividad económica de su empleador formal. Estos servicios, sin embargo, sí se integran en la actividad económica de Hco, una empresa de ingeniería. En vista de los factores descritos en los párrafos 8.13 y 8.14, el Estado H puede, por tanto, considerar que, según el criterio visto anteriormente, la excepción del apartado 2 del artículo 15 es inaplicable a la retribución de los servicios prestados por el ingeniero en ese Estado.

8.24. Ejemplo 5: Ico es una sociedad residente del Estado I, especializada en la prestación de servicios de ingeniería. Ico emplea a diversos ingenieros a tiempo completo. Jco, una empresa de ingeniería más pequeña residente del Estado J necesita temporalmente los servicios de un ingeniero para cumplir un contrato relacionado con una obra en el Estado J. Ico acuerda con Jco que uno de los ingenieros de la primera, residente del Estado I y que en este momento no está asignado a ningún proyecto contratado por Ico, trabajará durante 4 meses con un contrato de Jco bajo la supervisión y el control directos de uno de los ingenieros-jefe de Jco. Jco pagará a Ico una contraprestación igual a la retribución, cotizaciones sociales, gastos de viaje y demás retribuciones vinculadas al empleo de ese ingeniero durante dicho plazo, además de una comisión del 5 por ciento. Jco accede asimismo a indemnizar a Ico por cualquier posible demanda relacionada con el trabajo del ingeniero durante ese período.

8.25. En ese caso, aun cuando Ico desarrolle la actividad de prestación de servicios de ingeniería, es obvio que el trabajo desarrollado por el ingeniero en esa obra en el Estado J se desarrolla por cuenta de Jco y no de Ico. La supervisión y el control directos ejercidos por Jco sobre el trabajo del ingeniero, el hecho de que Jco asuma la responsabilidad de ese trabajo y de que soporte los costes de la retribución del ingeniero durante ese período, son factores que llevan a la conclusión de que el ingeniero tiene una relación de trabajo por cuenta ajena con Jco. A la luz del enfoque descrito anteriormente, el Estado J puede considerar por tanto que la excepción contenida en el apartado 2 del artículo 15 no es aplicable respecto de la retribución por los servicios prestados por el ingeniero en ese Estado.

8.26. Ejemplo 6: Kco es una sociedad residente del Estado K y Lco, una sociedad residente del Estado L. Ambas forman parte del mismo grupo multinacional. Una gran parte de las actividades de ese grupo se estructura transversalmente y por funciones, lo que determina que los empleados de empresas distintas integradas en el grupo trabajen conjuntamente bajo la supervisión de directores ubicados en distintos Estados y empleados por otras sociedades del grupo. X es un residente del Estado K empleado por Kco; se trata de un miembro de la dirección, encargada de la supervisión de la función de recursos humanos dentro del grupo multinacional. Dado que X trabaja para Kco, Kco interviene como centro de costes en relación con los recursos humanos del grupo; periódicamente, estos costes se cargan a cada una de las sociedades del grupo sobre la base de una fórmula que tiene en cuenta diversos factores tales como el número de empleados de cada sociedad. X tiene que viajar frecuentemente a otros Estados en los que otras sociedades del grupo tienen sus oficinas. Durante el último año, X pasó 3 meses en el Estado L a fin de trabajar en cuestiones de personal de Lco.

8.27. En ese caso, el trabajo desarrollado por X forma parte de las actividades que Kco desarrolla para su grupo multinacional. Estas actividades, al igual que otras tales como la comunicación corporativa, estrategia, finanzas y fiscalidad, tesorería, gestión de información y asistencia

jurídica, normalmente están centralizadas en el caso de grandes grupos societarios. El trabajo que X lleva a cabo está por tanto integrado en la actividad de Kco. La excepción del apartado 2 del artículo 15 debe aplicarse por tanto a la retribución que recibe X por su trabajo en el Estado L, siempre que se satisfagan las restantes condiciones para su aplicación.

8.28. Cuando, de conformidad con los principios y ejemplos antes mencionados, un Estado considere correctamente que los servicios prestados en su territorio por una persona física lo han sido por razón de una relación de trabajo por cuenta ajena en lugar de por un contrato de servicios firmado entre dos empresas, existe el riesgo de que las empresas estén obligadas a retener el impuesto en la fuente en ambas jurisdicciones respecto de la retribución de esa persona física aun cuando la doble imposición pueda evitarse finalmente (véase el párrafo 8.10 anterior). Las administraciones tributarias pueden reducir parcialmente esta dificultad de cumplimiento asegurándose de que sus legislaciones y prácticas internas aplicables a las relaciones de trabajo asalariado son claras y que los empleadores las entienden correctamente, además de ser fácilmente accesibles. Igualmente, el problema puede atenuarse si el Estado de residencia permite a las empresas ajustar rápidamente el importe del impuesto que deba retenerse, de forma que se tenga en cuenta toda eliminación de doble imposición a la que pueda acogerse el asalariado.

Apartado 3

9. El apartado 3 se aplica a las retribuciones de las tripulaciones de buques y aeronaves explotados en el tráfico internacional y prevé que dichas retribuciones serán gravables exclusivamente en el Estado de residencia del empleado. El principio conforme al que el derecho de imposición se otorga exclusivamente al Estado de residencia del empleado se introdujo en este párrafo mediante una modificación realizada en 2017. Esta modificación tuvo por objeto establecer una regla más clara y administrativamente más simple en relación con la fiscalidad de las retribuciones de estas tripulaciones.

9.1. Se modificó a la vez la definición de tráfico internacional con el fin de que abarcara también el transporte mediante un buque o aeronave explotado por una empresa de un tercer Estado. Como se explicó en el párrafo 6.1 de los Comentarios al artículo 3, este cambio permite la aplicación del apartado 3 del artículo 15 a los residentes de un Estado contratante que obtengan una retribución por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados por una empresa de un tercer Estado.

9.2. No obstante, cuando el empleo lo ejerza un residente de un Estado contratante a bordo de un buque o aeronave explotados únicamente entre puntos del otro Estado, sería manifiestamente inapropiado otorgar un derecho de imposición exclusivo al Estado de residencia del empleado. La proposición "excepto cuando el buque o aeronave se exploten únicamente entre puntos situados en el otro Estado contratante" asegura la inaplicabilidad del párrafo a dicho empleado, lo que implica que la tributación de la retribución correspondiente a ese empleado se rige por lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo.

9.3. Como se señaló en el párrafo 9 más arriba, el apartado 3 es aplicable a las tripulaciones de buques o aeronaves, lo que queda claro mediante la referencia al empleo ejercido "como miembro de la tripulación habitual" del buque o aeronave. Esta redacción es lo suficientemente amplia como para abarcar cualquier empleo ejercido en el marco de la explotación

habitual del buque o aeronave, incluyendo, por ejemplo, las actividades de los empleados de los restaurantes de los que dispone un crucero o las de un auxiliar de vuelo aunque trabaje en un único vuelo antes de dejar su empleo; por el contrario, no abarca las actividades laborales que puedan llevarse a cabo a bordo del buque o aeronave pero que no estén relacionadas con su explotación (por ejemplo, un empleado de una compañía de seguros que vende pólizas de hogar o automóvil a los pasajeros de un crucero).

9.4. Como se explicó en el párrafo 15 de los Comentarios al artículo 8, los Estados que deseen aplicar al transporte por ríos, canales y lagos el mismo tratamiento que al transporte marítimo y aéreo en el tráfico internacional, pueden ampliar el ámbito del artículo 8 a los beneficios procedentes de la explotación de las embarcaciones destinadas al transporte por vías navegables interiores. Estos Estados pueden estar también interesados en aplicar el apartado 3 del artículo 15 a la retribución de los empleados que ejercen su actividad en esas embarcaciones. Sin embargo, en el caso de la retribución obtenida por un empleado que trabaja a bordo de una embarcación explotada para el transporte por vías navegables interiores, el apartado 3 deberá aplicarse únicamente en la medida en que la embarcación la explote una empresa del Estado de residencia del empleado. De hecho, sería inapropiado exigir a un Estado contratante que dejara exenta la retribución obtenida por un empleado que siendo residente del otro Estado estuviera contratado por una empresa perteneciente al Estado mencionado en primer lugar (o por una empresa de un tercer Estado con el que el Estado mencionado en primer lugar no hubiera acordado la exención de los beneficios procedentes de la explotación de embarcaciones en el tráfico por vías navegables interiores) cuando esa retribución se corresponda con actividades desarrolladas exclusivamente en el Estado mencionado en primer lugar. Los Estados contratantes que deseen solventar este problema pueden hacerlo incluyendo en sus convenios bilaterales una disposición específica aplicable a las tripulaciones de las embarcaciones destinadas al tráfico por vías navegables interiores, que podría formularse como sigue:

> No obstante las disposiciones precedentes de este artículo y del artículo 1, las retribuciones obtenidas por una persona física, residente o no de un Estado contratante, por razón de un empleo como miembro de la tripulación habitual de una embarcación destinada al transporte por vías navegables interiores en un Estado contratante y explotada por una empresa del otro Estado, serán gravables exclusivamente en ese otro Estado. Sin embargo, dicha retribución puede someterse también a imposición en el Estado mencionado en primer lugar cuando el perceptor sea un residente de ese Estado.

9.5. Como se señaló en el apartado 2 de los Comentarios al artículo 8, algunos Estados pueden preferir atribuir, de manera exclusiva, la potestad tributaria respecto de los beneficios derivados del transporte marítimo o aéreo al Estado en que se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa en lugar de al Estado de residencia. Cuando los Estados contratantes adopten este enfoque deberán hacerse las modificaciones oportunas en las disposiciones alternativas enunciadas en los párrafos 9.4 anterior y 9.6 siguiente, en caso de que estas fueran a utilizarse.

9.6. Algunos Estados prefieren permitir la imposición de las retribuciones de un empleado que trabaja a bordo de un buque o aeronave explotado en el tráfico internacional tanto por el Estado de la empresa que explota dichos buque o aeronave como por el Estado de residencia del trabajador. Los Estados que así lo deseen pueden redactar el apartado 3 como sigue:

> 3. No obstante las disposiciones precedentes de este artículo y del artículo 1, las retribuciones obtenidas por una persona física, residente o no de un Estado contratante, por razón de un empleo como

miembro de la tripulación habitual de un buque o aeronave, ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados en el tráfico internacional por una empresa de un Estado contratante, serán gravables exclusivamente en ese Estado contratante. Sin embargo, cuando el perceptor de dicha retribución sea un residente del otro Estado contratante dicha retribución puede someterse también a imposición en ese otro Estado.

9.7. Algunos Estados que deseen aplicar ese enfoque pueden igualmente querer limitar la aplicación del apartado 3 a los empleados residentes de uno de los Estados contratantes, lo que puede hacerse adoptando la formulación siguiente:

3. No obstante las disposiciones precedentes de este artículo, las retribuciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados en el tráfico internacional como miembro de la tripulación habitual del buque o aeronave, serán gravables exclusivamente en ese Estado. Sin embargo, cuando la empresa que explota dichos buque o aeronave sea una empresa del otro Estado contratante, las retribuciones así obtenidas pueden someterse también a imposición en el otro Estado.

9.8. Según la disposición alternativa del párrafo 9.6 anterior, el Estado contratante de la empresa tiene la potestad tributaria principal respecto de las retribuciones pagadas al empleado. Cuando el empleado sea residente del otro Estado contratante, la retribución puede someterse a imposición también en el otro Estado, a reserva de la obligación de ese Estado de proceder a la eliminación de la doble imposición conforme a las disposiciones de los artículos 23A o 23B.

9.9. En la medida en que esta disposición alternativa permite la imposición en el Estado de la empresa que explota el buque o aeronave, puede ser útil para abordar la situación de los empleados que trabajan frecuentemente a bordo de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional y que pueden estimar ventajoso establecer su residencia en Estados que apliquen poco o ningún impuesto sobre las rentas del empleo por cuenta ajena cuando este se ejerce fuera de su territorio. Sin embargo, esta disposición supone que los Estados contratantes tengan la posibilidad, conforme a su legislación interna, de gravar la retribución pagada a los empleados que trabajan a bordo de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional por el mero hecho de que la empresa que los explota sea una empresa de esos Estados. Cuando no sea este el caso, la aplicación de esa disposición en combinación con el método de exención para la eliminación de la doble imposición generará un riesgo de no imposición. Supongamos, por ejemplo, que la disposición anterior se incluye en un convenio entre los Estados R y F, que el Estado R aplica el método de exención y que un empleado residente del Estado R trabaja en vuelos entre el Estado R y terceros Estados explotados por una aerolínea que es una empresa del Estado F. En ese caso, si la legislación interna del Estado F no le permite gravar las retribuciones percibidas por los empleados de la aerolínea cuando estos no sean residentes ni trabajen en dicho Estado F, el Estado F no podrá ejercer la potestad tributaria otorgada, mientras que el Estado R estará obligado a exonerar dichas retribuciones dado que, conforme a las disposiciones del Convenio, es al Estado F a quien se le confiere el derecho a gravar dichas retribuciones.

9.10. Como se explicó en el apartado 3 de los Comentarios al artículo 8, puede preverse que la referencia a la “sede de dirección efectiva” de la disposición alternativa del apartado 2 de ese Comentario sea aplicable cuando la sede de dirección efectiva de una empresa de transporte marítimo esté a bordo de un buque. Con arreglo a la legislación interna de algunos

países, las retribuciones percibidas por los miembros no residentes de la tripulación por razón del empleo ejercido a bordo de un buque solo pueden someterse a imposición si el buque tiene la nacionalidad de dicho Estado. Por tal razón, los convenios firmados entre esos Estados atribuyen el derecho a gravar tales retribuciones al Estado de pabellón del buque. Por otro lado, muchos Estados no pueden hacer uso de tal derecho de imposición, en cuyo caso la disposición podría acarrear una no imposición similar a la descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, los Estados en cuya legislación interna se incluya ese principio de imposición pueden convenir bilateralmente la atribución del derecho a gravar las retribuciones pagadas por el empleo ejercido a bordo de buques al Estado de su pabellón.

10. Debe señalarse que no se incluyen disposiciones especiales relativas a la imposición de las rentas de los trabajadores fronterizos o de los empleados que trabajan en camiones o trenes que viajan entre Estados, ya que es preferible que los Estados afectados resuelvan directamente entre sí los problemas que resulten de las condiciones locales.

11. No se ha previsto ninguna disposición especial en relación con las retribuciones pagadas a profesores visitantes o a estudiantes que trabajen para adquirir experiencia práctica. Muchos convenios contienen normas de uno u otro tipo para estos casos, cuyo propósito principal es facilitar las relaciones culturales mediante el reconocimiento de exenciones fiscales limitadas. Algunas veces la propia legislación tributaria interna establece las exenciones. La ausencia de disposiciones específicas no debe interpretarse en el sentido de impedir la inclusión de disposiciones de este tipo en los convenios bilaterales cuando se consideren convenientes.

Tratamiento de las opciones sobre acciones para empleados

12. Las diferencias entre las normas nacionales relativas a la imposición de las opciones sobre acciones para empleados generan problemas concretos que se analizan a continuación. Si bien muchos de estos problemas se plantean en relación con otras formas de retribuir a los empleados, particularmente en aquellas que se basan en el valor de las acciones de la empleadora o de una empresa asociada, son especialmente agudos en el caso de las opciones sobre acciones. Esto se debe en buena medida al hecho de que las opciones sobre acciones se gravan en un momento (por ejemplo, cuando se ejerce la opción o se venden las acciones) distinto a aquel en que se han prestado los servicios vinculados a un trabajo por cuenta ajena que se remuneran mediante estas opciones.

12.1. Según se indica en el párrafo 2.2, el artículo permite al Estado de la fuente gravar la parte del beneficio de la opción que constituya una retribución por el trabajo por cuenta ajena ejercido en ese Estado, incluso si el impuesto se exige en un momento posterior, cuando el trabajador ya no está empleado en ese Estado.

12.2. Si bien el artículo es aplicable al beneficio vinculado al empleo que resulta de una opción de compra de acciones concedida a un empleado sin tener en cuenta cuándo se grava ese beneficio, es preciso distinguir ese beneficio laboral de la ganancia de capital que pudiera obtenerse de la enajenación de acciones adquiridas al ejercer la opción. Este es el artículo, y no el artículo 13, aplicable a todo beneficio derivado de la opción propiamente dicha, hasta tanto se ejerza, transmita o enajene de cualquier otro modo (por ejemplo, por cancelación o adquisición por el empleador o emisor). Por el contrario, una vez ejercida o enajenada la opción, el beneficio vinculado al empleo se materializa y toda ganancia ulterior derivada de

las acciones adquiridas (por ejemplo, la plusvalía acumulada de las acciones después de ejercer la opción) la obtiene el empleado en su condición de inversor-accionista y quedará comprendida en el ámbito del artículo 13. De hecho, en el momento de ejercer la opción, que es lo que el empleado obtiene de su trabajo por cuenta ajena, esta desaparece y el perceptor se convierte en accionista (y con frecuencia invierte dinero para serlo). No obstante, cuando la opción ejercida legitima al empleado para adquirir acciones que no le serán conferidas de forma irrevocable sino hasta el término de un período de empleo requerido, sería acertado aplicar este artículo al incremento de valor, si lo hubiera, que se produzca hasta el final del período de empleo requerido posterior al ejercicio de la opción.

12.3. El hecho de que el artículo no se aplique a un beneficio obtenido tras el ejercicio o la enajenación de la opción no implica en modo alguno que la tributación de la renta del empleo asalariado según la legislación interna deba producirse en el momento de ese ejercicio o enajenación. Como se indicó anteriormente, el artículo no impone restricción alguna en cuanto al momento en que el Estado de la fuente puede gravar la renta correspondiente. Así pues, el Estado de la fuente podrá gravar la renta correspondiente en el momento en que se concede la opción, en el que esta se ejerce (o enajena), en el momento en que se vende la acción o en cualquier otro momento. Sin embargo, el Estado de la fuente puede gravar únicamente los beneficios atribuibles a la opción propiamente dicha y no los que puedan atribuirse a la tenencia posterior de las acciones adquiridas como consecuencia del ejercicio de esa opción (excepto en las circunstancias descritas en la última frase del párrafo anterior).

12.4. Puesto que el apartado 1 debe entenderse aplicable a todo beneficio obtenido de la opción hasta que esta se ejerce, vende o enajena de otro modo, resulta irrelevante cómo se califica ese beneficio o parte de él a efectos tributarios internos. Por consiguiente, mientras que el artículo se interpretará de forma que se permita al Estado de la fuente gravar los beneficios acumulados hasta la fecha del ejercicio de la opción, de su venta o enajenación de otro modo, se dejará a ese Estado libertad para determinar cómo se va a gravar ese beneficio, esto es, si como rentas del empleo por cuenta ajena o como ganancias de capital. Si el Estado de la fuente decide, por ejemplo, establecer un impuesto a la ganancia de capital sobre la opción cuando el empleado deja de ser un residente de ese país, ese impuesto se permitirá en virtud del artículo. Lo mismo sucederá en el Estado de residencia. Por ejemplo, si bien ese Estado tendrá el derecho de gravar en exclusiva el incremento de valor de la acción obtenida al ejercer la opción, dado que se considerará que este caso cae en el ámbito del artículo 13 del Convenio, podría perfectamente decidir gravar esa plusvalía como renta del empleo por cuenta ajena en lugar de como ganancia de capital, conforme a su legislación interna.

12.5. Como regla general, a los beneficios derivados de una opción sobre acciones concedida a un trabajador por cuenta ajena no le será aplicable el artículo 21, que no se aplica a las rentas comprendidas en otros artículos, o el artículo 18, que solo es aplicable a las pensiones y otras retribuciones análogas, incluso si la opción se ejerce a la conclusión del empleo por cuenta ajena o a partir de la jubilación.

12.6. El apartado 1 permite al Estado de la fuente gravar los sueldos, salarios y otras retribuciones análogas derivadas del empleo por cuenta ajena ejercido en ese Estado. La determinación de si, y en qué medida, una opción sobre acciones para empleados proviene de un empleo por cuenta ajena ejercido en un Estado determinado debe hacerse para cada caso en función de todos los hechos y circunstancias pertinentes, incluidas las condiciones contrac-

tuales asociadas a la opción (es decir, las condiciones del ejercicio o la disposición de la opción concedida). A esos efectos, deben tenerse en cuenta los siguientes principios generales.

12.7. El primer principio es que, como regla general, una opción sobre acciones para empleados no debe considerarse vinculada a ningún servicio que se preste con posterioridad al período de empleo que se requiere como condición para que el empleado adquiera el derecho al ejercicio de la opción. Por tanto, cuando una opción sobre acciones se concede a un empleado a condición de que preste servicios laborales para el mismo empleador (o una empresa asociada) por un período de tres años, el beneficio laboral derivado de esa opción no deberá atribuirse a servicios prestados tras ese período de tres años.

12.8. No obstante, al aplicar el principio anterior es importante distinguir entre el período de empleo requerido para devengar el derecho a ejercer la opción sobre acciones de empleados y un período que sea simplemente un lapso antes de que esa opción pueda ejercerse (un período de inacción). Así, por ejemplo, una opción concedida a un empleado con la condición de que siga trabajando para el mismo empleador (o empresa asociada) durante un período de tres años puede considerarse como obtenida por los servicios laborales prestados durante esos tres años, mientras que una opción que se concede a un empleado en una fecha dada, sin condición de empleo subsiguiente, pero que, de acuerdo con sus términos y condiciones, solo puede ejercerse pasados tres años, no debe considerarse ligada a un empleo por cuenta ajena ejercido durante esos tres años, dado que el perceptor devengaría el beneficio derivado de esa opción incluso si abandonara su empleo por cuenta ajena inmediatamente después de recibirla y esperase los tres años estipulados antes de ejercer la opción.

12.9. También es importante distinguir entre una situación en que se exige un período de empleo como condición para la adquisición del derecho a ejercer la opción, esto es, para el devengo de la opción, y una situación en que una opción ya devengada pudiera perderse en caso de no ejercerse antes de la terminación del empleo (o dentro de un corto período de tiempo posterior). En esta última situación, el beneficio derivado de la opción no deberá considerarse vinculado a los servicios prestados después del devengo puesto que el empleado ya ha obtenido el derecho al beneficio y de hecho podría ejercerlo en cualquier momento. Una condición en virtud de la que la opción devengada pueda perderse en caso de extinción del empleo no es una condición para la adquisición del beneficio sino, más bien, una en virtud de la que el beneficio ya adquirido puede perderse posteriormente. Los ejemplos siguientes ilustran esta distinción:

— Ejemplo 1: El 1 de enero del año 1 se concede a un empleado una opción sobre acciones. La adquisición de la opción está condicionada a que el empleado continúe trabajando para el mismo empleador hasta el 1 de enero del año 3. Una vez se cumpla esta condición, la opción será ejercitable desde el 1 de enero del año 3 hasta el 1 de enero del año 10 (una opción denominada "opción americana")[2]. Sin embargo, se estipula adicionalmente que toda opción no ejercida previamente se perderá en el momento de terminación del empleo por cuenta ajena. En este ejemplo, el derecho a ejercer esta opción se adquirió el 1 de enero del año 3 (es decir, la

[2] En el contexto de una opción sobre acciones "americana", el derecho a adquirir una acción puede ejercerse durante un determinado período (habitualmente un número de años), mientras que en el de una opción sobre acciones "europea" ese derecho solo puede ejercerse en un momento puntual (es decir, en una fecha concreta).

fecha de devengo), puesto que no se requiere del asalariado un período de empleo adicional para obtener el derecho a ejercer la opción.

— Ejemplo 2: El 1 de enero del año 1 se concede a un empleado una opción sobre acciones. La opción es ejercitable el 1 de enero del año 5 (una opción denominada "opción europea"). La opción se ha concedido con la condición de que se ejerza el 1 de enero del año 5 siempre que el empleo no se haya extinguido antes de esa fecha. En este ejemplo, el derecho a ejercer la opción no se adquiere hasta el 1 de enero del año 5, que es su fecha de ejercicio, dado que se requiere el mantenimiento del empleo por cuenta ajena hasta esa fecha para adquirir el derecho a ejercer la opción (devengo de la opción).

12.10. Se dan casos en que este primer principio pueda no ser aplicable. Uno de ellos es cuando la opción sobre acciones se conceda sin condiciones a un empleado en el momento en que acepta un empleo, o se le traslada a otro país, o se le asignan importantes nuevas responsabilidades y, en cada caso, la opción está claramente relacionada con las nuevas funciones que ese empleado se dispone a ejercer durante un período concreto en el futuro. En este caso, puede ser adecuado considerar que la opción está vinculada a estas nuevas funciones aun cuando el derecho a ejercerla se adquiere antes de que se lleven a cabo. También hay casos en que una opción técnicamente devengada confiere al empleado un derecho a adquirir acciones que no se devenga hasta el final de un cierto periodo de empleo. En estos casos, puede ser apropiado considerar que el beneficio derivado de la opción está vinculado a los servicios prestados durante todo el período que comprende desde la concesión de la opción a la liberación de las acciones.

12.11. El segundo principio es que una opción sobre acciones para empleados solo debe considerarse vinculada a los servicios prestados antes de la fecha en que se concede, en la medida en que esa concesión tenga por finalidad recompensar la prestación de esos servicios por el perceptor durante un período determinado. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando se pueda demostrar que la retribución se basa en el buen desempeño pasado del empleado, durante un determinado período, o bien en los resultados financieros pasados del empleador, y que está condicionada a que el empleado haya estado contratado por el empleador o por una empresa asociada durante un determinado período al que se refieren esos resultados financieros. Asimismo, en algunos casos podrá haber pruebas objetivas que demuestren que durante un período de empleo en el pasado había una expectativa fundada entre los partícipes de un plan de opciones sobre acciones para empleados de que una parte de su retribución de ese período vendría dada a través del plan, mediante la concesión de opciones sobre acciones en una fecha posterior. Estas pruebas pueden incluir, por ejemplo, la práctica sistemática de un empleador que ha venido concediendo niveles similares de opciones sobre acciones durante un determinado número de años, siempre y cuando nada indique que tuviera la intención de discontinuar esa costumbre. Dependiendo de otros factores, esas pruebas pueden ser altamente determinantes de si, y en qué medida, las opciones sobre acciones están vinculadas a un período de empleo anterior.

12.12. Cuando se requiera un determinado período de trabajo por cuenta ajena para tener derecho a ejercer una opción sobre acciones de empleado, pero ese requisito no se aplique en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando el empleador extinga la relación laboral o el empleado alcance la edad de jubilación, deberá considerarse, cuando se den esas circuns-

tancias, que el beneficio derivado de la opción solo está ligado al período en que se prestaron los servicios.

12.13. Finalmente, pueden darse situaciones en las que determinados factores sugieran que una opción sobre acciones para empleados está recompensando servicios pasados, pero otros factores parezcan indicar que se vincula a servicios futuros. En caso de duda debe reconocerse que, por lo general, las opciones sobre acciones para empleados se conceden como un incentivo de cara al futuro desempeño o como una forma de retener a trabajadores valiosos. De manera que las opciones sobre acciones para empleados están esencialmente ligadas a la prestación de servicios futuros. No obstante, deberán tenerse en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes antes de poder tomar esa determinación y habrá casos en los que pueda demostrarse que una opción sobre acciones está vinculada a períodos específicos de servicios pasados y futuros a la vez (por ejemplo, las opciones se conceden en función de la consecución por el empleado del cumplimiento de ciertos objetivos en el año anterior, pero solo son ejercitables si el empleado permanece en su empleo durante los siguientes tres años).

12.14. Cuando, sobre la base de los principios anteriores, se considere que una opción sobre acciones se obtiene como resultado de un empleo por cuenta ajena ejercido en más de un Estado, será necesario determinar qué parte del beneficio procedente de la opción se deriva del empleo ejercido en cada país a los efectos de la aplicación del artículo y de los artículos 23 A y 23 B. En estos casos el beneficio laboral atribuible a la opción sobre acciones deberá considerarse procedente de un país en particular en proporción al número de días durante los cuales se ejerció el empleo en ese país con relación al número total de días en que se prestaron los servicios laborales de los que se deriva la opción. A tal fin, los únicos días de empleo que deben tenerse en cuenta son aquellos que se computen a efectos del plan de opciones sobre acciones, por ejemplo, aquellos durante los cuales se haya prestado el servicio al mismo empleador o a otros empleadores siempre que el empleo así ejercido sea computable para completar el período de empleo requerido para adquirir el derecho a ejercer la opción.

12.15. Es posible que los países miembros acuerden bilateralmente otro enfoque específico que se aleje de los principios anteriores (contenidos en los párrafos 12.7 a 12.14) para la resolución de cada caso. Por ejemplo, dos países que graven principalmente las opciones en el momento de su ejercicio pueden acordar, como principio general, que atribuirán la renta de una opción que esté ligada principalmente a servicios futuros, a los servicios prestados por un empleado en los dos Estados entre la fecha de la concesión y la fecha del ejercicio. Así, en el caso de opciones que no sean ejercitables hasta que el empleado haya prestado servicios para el empleador por un período determinado, dos Estados podrán convenir un enfoque que atribuya la renta de la opción a cada Estado en función del número de días trabajados en cada Estado por el empleado para el empleador en el período que va desde la fecha de la concesión hasta la fecha del ejercicio de la opción. Otro ejemplo sería el de dos países con reglas similares para el tratamiento de las opciones sobre acciones para empleados, que adoptaran disposiciones que otorgaran a uno de ellos derechos exclusivos de imposición sobre el beneficio laboral, incluso si una pequeña parte de los servicios laborales a los que está vinculada la opción se han prestado en el otro Estado. Naturalmente, los países miembros deben ir con cuidado a la hora de adoptar estos enfoques porque pueden generar doble imposición o doble no imposición si una parte del empleo por cuenta ajena se ejerce en un tercer Estado que no aplique un enfoque similar.

Observaciones a los Comentarios

13. *Francia* considera que el párrafo 8.13 no debe interpretarse como suficiente en sí mismo para cuestionarse una relación contractual formal. Si, en relación con el párrafo 8.13, los servicios prestados por una persona física constituyeran parte integrante de la actividad de la empresa a la que se prestan tales servicios, la situación debería analizarse conforme a las disposiciones del párrafo 8.14.

13.1. Con respecto al párrafo 6.2, *Alemania* opina que debe considerarse empleador a la propia sociedad de personas (como en virtud de la legislación interna de la mayoría de los Estados miembros de la OCDE incluso si estos no gravan esta sociedad como tal). La residencia de la sociedad de personas tendrá que determinarse hipotéticamente, como si dicha sociedad estuviera sujeta a tributación en virtud de uno de los criterios mencionados en el apartado 1 del artículo 4.

Reservas al artículo

14. *Eslovenia* se reserva el derecho a añadir un artículo en el que se aborde la situación de los profesores, catedráticos e investigadores, con sujeción a ciertas condiciones, y a modificar en consecuencia el apartado 1 del artículo 15.

15. *Dinamarca, Noruega* y *Suecia* se reservan el derecho a incluir disposiciones especiales en relación con las retribuciones percibidas en concepto de un trabajo por cuenta ajena ejercido a bordo de una aeronave explotada en el tráfico internacional por el consorcio de transporte *Scandinavian Airlines System* (SAS).

16. *Noruega* se reserva el derecho a incluir en el apartado 2 una referencia expresa a las rentas obtenidas por el personal subcontratado en un Estado contratante que trabaje en el otro Estado contratante, con objeto de aclarar que la excepción del apartado 2 no se aplica a las situaciones de "subcontratación internacional de mano de obra" (véase el párrafo 8 más arriba).

17. *Irlanda, Noruega* y el *Reino Unido* se reservan el derecho a incluir en un artículo especial disposiciones relativas a la renta derivada de un empleo relacionado con las actividades costa afuera de prospección y explotación de hidrocarburos y actividades conexas.

18. *Letonia* se reserva el derecho a incluir en un artículo especial disposiciones relativas a la renta derivada de servicios personales dependientes relativos a actividades costa afuera en un Estado contratante relacionadas con la prospección o explotación del lecho marino, su subsuelo y sus recursos naturales.

19. *Suiza* formula una reserva respecto del subapartado *a)* del apartado 2 y desea incluir en sus convenios las palabras "en el ejercicio fiscal considerado", en lugar de las palabras "en cualquier período de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado".

20. Por razón de su situación particular en materia de navegación marítima, *Grecia* conservará su libertad de acción en lo referente a las disposiciones del Convenio relativas a las retribuciones de las tripulaciones de buques dedicados al tráfico internacional.

21. *Grecia* se reserva el derecho a incluir disposiciones especiales relativas a la renta de empleo por cuenta ajena asociado con actividades realizadas costa afuera.

22. En relación con el apartado 3, *Turquía* se reserva el derecho a no compartir las potestades tributarias en relación con la renta procedente de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotados en el tráfico internacional por una empresa residente en Turquía.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 16
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS HONORARIOS DE LOS CONSEJEROS

1. Este artículo se refiere a las retribuciones percibidas por una persona física o jurídica residente de un Estado contratante en su condición de miembro de un consejo de administración de una sociedad residente del otro Estado contratante. Dado que a veces puede ser difícil determinar dónde se prestan los servicios, la disposición los trata como servicios prestados en el Estado de residencia de la sociedad considerada.

1.1. Los países miembros han entendido generalmente que la expresión "honorarios [...] y otras retribuciones análogas" comprende las retribuciones en especie obtenidas por una persona en su condición de miembro de un consejo de administración de una sociedad (por ejemplo, opciones sobre acciones, el uso de una vivienda o un automóvil, seguros médicos o de vida y pertenencia a asociaciones recreativas).

2. Es frecuente que un miembro de un 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 retribuciones pagadas a esa persona por esas otras funciones.

3. En algunos países existen otros órganos societarios con funciones similares a las de los consejos de administración. Los Estados contratantes pueden incluir, en sus convenios bilaterales, tales órganos en una disposición equivalente a la del artículo 16.

3.1. 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 consejo de administración. En la medida en que las opciones sobre acciones se concedan a un residente de un Estado contratante en calidad de miembro del consejo de administración de una sociedad residente del otro Estado, ese otro Estado tiene derecho a gravar la parte del beneficio derivado de la opción que constituya un pago de honorarios o una retribución análoga percibida en calidad de miembro del consejo de administración (véase el párrafo 1.1 anterior), incluso si el impuesto se exige en un momento posterior, cuando esa persona no sea ya miembro de ese consejo de administración. Si bien el artículo es aplicable al beneficio obtenido de una opción sobre acciones concedida a un miembro del consejo de administración con independencia de cuándo se grava ese beneficio, es necesario distinguir ese beneficio de la ganancia de capital que pueda obtenerse de la enajenación de acciones adquiridas al ejercer la opción. Este artículo, y no el artículo 13, será aplicable a todo beneficio procedente de la opción propiamente dicha, hasta tanto se ejerza, transmita o enajene de cualquier otro modo (por ejemplo, por cancelación o adquisición por la sociedad o por el emisor). Por el contrario, una vez ejercida o enajenada la opción, se materializa el beneficio gravable conforme a este artículo, y las ganancias posteriores que perciba el miembro del consejo de administración en su condición de inversor-accionista, derivadas de las acciones adquiridas (esto es, la plusvalía acumulada de las acciones después de ejercitar la opción) estarán comprendidas en el ámbito del artículo 13. De hecho, en el momento de ejercer la opción, que es lo que el miembro del consejo de administración obtiene en calidad de tal, esta desaparece y el perceptor se convierte en socio (y con frecuencia invierte dinero para serlo).

Reservas al artículo

4. *Estonia* y *Letonia* se reservan el derecho a gravar conforme a este artículo toda retribución percibida por un miembro de un consejo de administración u otro órgano similar de una sociedad residente.

5. *Estados Unidos* requerirá que los impuestos sobre tales honorarios se limiten a las rentas obtenidas por los servicios prestados en el país de la fuente.

6. *Bélgica* se reserva el derecho a establecer que la retribución que perciba una persona incluida en el artículo 16 por razón de su actividad diaria, así como la retribución que perciba un socio de una sociedad distinta de una sociedad cuyo capital esté dividido en acciones, por razón de las actividades personales que ejerza para la sociedad, será gravable de acuerdo con las disposiciones del artículo 15.

7. *Grecia* se reserva el derecho a aplicar el artículo 16 a las retribuciones de los socios que intervengan como gerentes de sociedades de responsabilidad limitada o de sociedades de personas griegas.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 17
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS RENTAS DE ARTISTAS Y DEPORTISTAS

Apartado 1

1. El apartado 1 dispone que los artistas y deportistas residentes de un Estado contratante pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante en el que realicen sus actividades personales, con independencia de que se trate de actividades económicas o de un empleo por cuenta ajena. Esta disposición constituye una excepción a las reglas del artículo 7 (sobre las que prevalece en virtud del apartado 4 de ese artículo) y a las del apartado 2 del artículo 15, respectivamente.

2. Esta disposición permite evitar las dificultades prácticas que se presentan frecuentemente en la tributación de los artistas y deportistas que realizan su actividad en el extranjero. Además, unas disposiciones demasiado rígidas podrían obstaculizar, en algunos casos, los intercambios culturales. Para superar este inconveniente los Estados interesados pueden limitar, de común acuerdo, la aplicación del apartado 1 a las actividades empresariales o profesionales. Para ello será suficiente sustituir las palabras "no obstante lo dispuesto en el artículo 15" por "con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15" en los apartados 1 y 2. De esa forma, los artistas y los deportistas que realicen sus actividades por cuenta ajena recaerán automáticamente en el ámbito del artículo 15 y se beneficiarán de las exenciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo.

3. El apartado 1 se refiere a los artistas y los deportistas. No es posible formular una definición precisa del término "artista", aunque el apartado 1 cita algunos ejemplos de personas que pueden tener esa consideración. Esta relación de ejemplos no debe considerarse exhaustiva. Por un lado, el término "artista" comprende claramente a los artistas escénicos, los actores de cine, y a quienes actúan en un anuncio de televisión (incluyendo, por ejemplo, antiguos deportistas). El artículo puede aplicarse también a las rentas generadas por actividades de carácter político, social, religioso o benéfico, cuando incorporen un elemento de espectáculo. Por el contrario, no será aplicable a un conferenciante visitante (por ejemplo, un antiguo político que percibe unos honorarios como conferenciante invitado), ni a un modelo en el ejercicio de su actividad como tal (por ejemplo, exhibiendo prendas durante un desfile de moda o en una sesión de fotos) y no como artista, ni al personal administrativo o de apoyo (por ejemplo, los operadores de cámaras en el rodaje de una película, los productores, los directores cinematográficos, los coreógrafos, el equipo técnico, los técnicos que viajan con un grupo de músicos, etc.). Entre unos y otros hay una zona ambigua en la que es necesario valorar el conjunto de las actividades de la persona en cuestión.

4. Una persona física puede dirigir un espectáculo y actuar en él o puede dirigir y producir un programa de televisión o una película y actuar también en ellos. En estos casos será necesario considerar la naturaleza de la actividad concreta de esa persona en el Estado donde tiene lugar la actuación. Si en sus actividades en ese Estado predomina el aspecto escénico, el artículo será aplicable a la totalidad de la renta que esa persona obtenga en ese país. Si, por el contrario, el elemento escénico constituye una parte insignificante de su actividad en ese Estado, el conjunto de la renta quedará fuera del artículo. En situaciones intermedias será necesario acudir a una regla de reparto.

5. Aun cuando no se defina expresamente el término "deportista", este no se limita a quienes participan en actividades deportivas tradicionales (como, por ejemplo, de corredores, saltadores, o nadadores). Se refiere también, por ejemplo, a jugadores de golf, jinetes, futbolistas, jugadores de críquet y de tenis, y a pilotos de carreras.

6. El artículo se aplica asimismo a las rentas de otras actividades que puedan considerarse como espectáculo; por ejemplo, el billar, el billar inglés –*snooker*– y los torneos de ajedrez y de *bridge*.

7. La renta que obtienen los representantes, etc., por la organización de las actuaciones de un artista o un deportista queda fuera del ámbito del artículo, si bien las rentas que perciban por cuenta del artista o el deportista están, naturalmente, comprendidas en el mismo.

8. El apartado 1 es aplicable a las rentas que obtenga, directa o indirectamente, una persona física, artista o deportista, por una actuación. En algunos casos, la renta correspondiente a una actuación específica no se pagará directamente a la persona física ni a su representante o agente. Por ejemplo, los integrantes de una orquesta pueden percibir un sueldo en lugar de cobrar por cada actuación: el Estado contratante donde tiene lugar la actuación podrá gravar, con arreglo al apartado 1, la parte del sueldo del músico correspondiente a tal actuación. De la misma forma, en el caso de un artista o un deportista empleado, por ejemplo, por una sociedad unipersonal, el Estado donde tiene lugar la actuación puede gravar una proporción adecuada de la retribución pagada a la persona física. Además, cuando su legislación interna "transparente" dichas entidades y trate las rentas como devengadas directamente por la persona física, el apartado 1 permite que ese Estado grave las rentas derivadas de las actuaciones realizadas en su territorio, obtenidas por la entidad en beneficio de la persona física, incluso si las rentas no se pagan de hecho en concepto de retribución a la persona física.

8.1. El apartado se aplica con independencia de quién pague la renta. Por ejemplo, abarca los premios y galardones pagados por una federación, una asociación o una liga nacionales a un equipo o a una persona física en relación con un acto deportivo concreto.

9. Además de los honorarios percibidos por sus actuaciones, los artistas y los deportistas obtienen a menudo rentas en concepto de cánones o remuneraciones por publicidad o como patrocinio. En general, cuando la relación entre las rentas y el ejercicio de la actividad en el país considerado no sea muy estrecha, serán aplicables otros artículos. Por lo general, se considerará que existe esa estrecha relación cuando no sea razonable considerar que la renta se hubiera obtenido aun no realizando esas actividades. Esta relación puede referirse al momento en el que ocurre el hecho que genera la renta (por ejemplo, un pago que perciba un golfista profesional por una entrevista concedida durante un torneo en el que participa) o a la naturaleza de la contraprestación que genera el pago de la renta (por ejemplo, un pago a una estrella del tenis por la utilización de su imagen en los carteles anunciadores de un torneo en el que participa). Por lo general, los cánones por derechos sobre la propiedad intelectual estarán comprendidos en el ámbito del artículo 12 y no del artículo 17 (véase el párrafo 18 de los Comentarios al artículo 12), pero, normalmente, los pagos percibidos en concepto de publicidad o patrocinio estarán fuera del ámbito del artículo 12. El artículo 17 será aplicable a las rentas de la publicidad y del patrocinio, etc., que guarden un estrecho vínculo con las actuaciones realizadas en un Estado determinado (por ejemplo, los pagos efectuados a un tenista por lucir en su camiseta el logotipo, la marca comercial o el nombre comercial de un patrocinador durante un partido). Esta estrecha relación puede evidenciarse mediante un contrato

relativo a la participación en un acto o espectáculo concreto o en un cierto número de actos o espectáculos no precisados; en este último caso, un Estado contratante en el que se celebren uno o más de estos actos o espectáculos puede someter a imposición una parte de las rentas que correspondan por publicidad o patrocinio (como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una retribución que abarcara una serie de actuaciones indeterminadas; véanse los párrafos 9.2 y 9.3). Otras rentas de naturaleza análoga que no puedan atribuirse a tales actuaciones se regirán por las reglas generales del artículo 7 o del artículo 15, según el caso. Los pagos percibidos con motivo de la cancelación de una actuación tampoco pertenecen al ámbito del artículo 17, sino que les serán aplicables los artículos 7 o 15, según el caso. Son varios los pagos que pueden efectuarse en relación con los artículos de promoción comercial. Si bien los pagos efectuados a un artista o deportista de parte de las rentas procedentes de esos artículos de promoción que están estrechamente relacionados con una actuación pública pero que no constituyen cánones normalmente recaerán en el ámbito del artículo 17, los pagos derivados de la venta de los artículos de promoción comercial en un país, que no están estrechamente relacionados con las actuaciones en ese país y que no constituyen cánones, recaerán, por lo general, en el ámbito del artículo 7 (o del artículo 15, cuando el perceptor de la renta sea un asalariado).

9.1. Además de los ejemplos anteriores, existe un cierto número de casos en los que puede ser difícil determinar si un elemento de renta concreto que percibe una persona en su condición de artista o deportista procede de sus actividades personales como tal. Los principios que siguen pueden resultar útiles para abordar tales casos:

— La referencia a "un artista o deportista" engloba a toda persona que interviene en esa condición, aunque sea en una única ocasión. Así, el artículo 17 puede aplicarse a un *amateur* que gana un premio dotado de una cuantía económica o a una persona que, no siendo actor, percibe unos honorarios por su aparición, en una única ocasión, en un anuncio publicitario en la televisión o en una película.

— Como se señaló en los párrafos anteriores, las actividades de un artista o de un deportista no se limitan a su participación en un espectáculo o en un acto deportivo en un cierto Estado, sino que incluyen igualmente, por ejemplo, su aparición en entrevistas o en anuncios publicitarios en ese Estado que estén estrechamente relacionados con dicha participación.

— El simple hecho de informar sobre una actuación artística o deportiva, o de comentarla, cuando el comentarista no participa de ella, no es asimilable a la actividad de un artista o deportista que interviene en esa condición. Así, por ejemplo, los honorarios que pueda percibir un deportista ya retirado o lesionado, por razón de su intervención como comentarista durante una retransmisión deportiva en la que no participa, no estarían comprendidos en el ámbito del artículo 17.

— La preparación, a saber, los ensayos y el entrenamiento, forman parte de la actividad normal de los artistas y los deportistas. Si un artista o deportista percibe una retribución por el tiempo que duran los ensayos, el entrenamiento o por otras actividades preparatorias en un Estado (lo que es frecuente en el caso de artistas y deportistas asalariados, pero que también puede ocurrir en el caso de los autónomos, por ejemplo, un cantante de ópera cuyo contrato exija su participación en un cierto número de ensayos), la retribución correspondiente, así como la percibida por el

tiempo que pase viajando en ese Estado para llevar a cabo las actuaciones, los ensayos y el entrenamiento (u otra preparación similar), estaría comprendida en el ámbito de este artículo. Esto resulta aplicable con independencia de si dichos ensayos, entrenamientos o preparación similar están relacionados con una actuación concreta que se realice en ese Estado (por ejemplo, la retribución pagada respecto de la participación en una concentración pre-temporada quedaría comprendida en el artículo).

9.2. Los artistas y deportistas ejercen a menudo su actividad en distintos Estados, lo que hace necesario determinar qué parte de su renta se deriva de la actividad ejercida en cada Estado. Si bien esta determinación debe basarse en los hechos y circunstancias de cada caso, los principios generales que siguen pueden resultar útiles a estos efectos:

— Un elemento de renta estrechamente relacionado con actividades específicas ejercidas por el artista o deportista en un Estado (por ejemplo, un premio pagado al ganador de una competición deportiva celebrada en ese Estado; una dieta pagada en relación con la participación en un torneo o en una fase de entrenamiento en ese Estado; un pago efectuado a un músico por un concierto ofrecido en un Estado) se considerarán procedentes de las actividades ejercidas en ese Estado.

— Como se señala en el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 15, el empleo por cuenta ajena se ejerce en el lugar donde el asalariado está físicamente presente cuando realiza las actividades por las que se le retribuye. Cuando la retribución percibida por un artista o deportista empleado por un equipo, compañía u orquesta cubra actividades diversas que van realizarse durante un período (por ejemplo, un sueldo anual que abarque diversas actividades como los entrenamientos u ensayos, los desplazamientos con el equipo, la compañía o la orquesta, la participación en un partido o en una actuación pública, etc.), lo apropiado será, en ausencia de indicios que sugieran que la retribución o parte de la misma deban atribuirse de otro modo, atribuir ese sueldo o retribución en función de los días de trabajo pasados en cada Estado en el que el artista o deportista ha llevado a cabo, en virtud de su contrato de trabajo, esas actividades.

9.3. Los siguientes ejemplos ilustran esos principios:

— Ejemplo 1: un cantante autónomo percibe una cantidad fija por un cierto número de conciertos que se ofrecerán en distintos Estados, más un 5 por ciento de la venta de entradas en cada concierto. En ese caso, lo adecuado será atribuir la cantidad fija en función del número de conciertos realizados en cada Estado y los importes que dependen de la venta de entrada en función de dónde se celebran los conciertos que generan dichos pagos.

— Ejemplo 2: un ciclista es un asalariado de un equipo. Conforme a lo establecido en su contrato de trabajo, tiene que viajar con el equipo, aparecer en algunas conferencias de prensa organizadas por el equipo y participar en actividades de entrenamiento y carreras que se celebran en distintos países. Como retribución percibe un sueldo fijo anual más unas primas que dependen de sus resultados en ciertas carreras. En ese caso, lo razonable será atribuir el sueldo en función del número de días de trabajo en los que ha estado presente en cada Estado en que han tenido lugar las actividades relacionadas con su empleo (por ejemplo, los viajes, entrena-

mientos, carreras, apariciones públicas) y las primas en función del lugar en el que se celebran las carreras correspondientes.

9.4. Los pagos por la retransmisión simultánea de la actuación de un artista o deportista que perciba directamente el artista o deportista o que se hagan en su beneficio (por ejemplo, un pago efectuado a su agencia) están comprendidos en el ámbito del artículo 17 (véase el párrafo 18 de los Comentarios al artículo 12, que trata también los pagos por la venta posterior o la audición pública de las grabaciones de las actuaciones). Sin embargo, cuando el pago se realice a un tercero (por ejemplo, el propietario de los derechos de emisión) y no redunde en beneficio del artista o deportista, el pago no está relacionado con la actividad personal de este y, por tanto, no constituye una renta obtenida del ejercicio de la actividad personal de un artista o deportista. Por ejemplo, cuando el organizador de un torneo de fútbol tenga todos los derechos sobre la propiedad intelectual del torneo y, por tanto, perciba pagos por los derechos de emisión con él relacionados, el artículo 17 no se aplica a esos pagos; de forma similar, el artículo 17 no se aplica a la parte de esos pagos que se distribuya a los equipos participantes y no se redistribuya a los jugadores y que no redunde en beneficio de los jugadores de otra forma. La consideración de estos pagos como cánones cubiertos por el artículo 12 dependerá, entre otras cosas, de la naturaleza jurídica de esos derechos de emisión, y especialmente, de los términos de la legislación sobre los derechos patrimoniales recogidos en la ley sobre la propiedad intelectual que les sea de aplicación.

9.5. Con frecuencia, los artistas y deportistas obtienen, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de pagos efectuados a la agencia del artista o del deportista) una parte sustancial de sus rentas en forma de pagos por el uso o por la cesión de sus "derechos de imagen", por ejemplo, por la utilización de su nombre, firma o de su imagen personal. Cuando tales usos de los derechos de imagen del artista o deportista no estén estrechamente relacionados con la actuación o intervención de dicho artista o deportista en un Estado dado, esos pagos, en términos generales, no estarán comprendidos en el artículo 17 (véase el párrafo 9 más arriba). Sin embargo, hay casos en los que los pagos efectuados a un artista o deportista residente de un Estado contratante, o a otra persona, por el uso o la cesión del uso de los derechos de imagen de ese artista o deportista, constituyen en esencia una retribución por la actividad realizada por el artista o deportista que sí están comprendidas en el ámbito del artículo 17 y que se llevan a cabo en el otro Estado contratante. En tales casos se aplicarán las disposiciones del apartado 1 o del apartado 2, en función de las circunstancias.

10. El artículo no dice nada acerca de cómo se calculan las rentas en cuestión. Corresponde a la legislación interna de los Estados contratantes determinar el alcance de las deducciones por gastos. Las diferentes legislaciones internas varían en este punto, y algunas prevén la imposición en la fuente aplicando un tipo impositivo reducido sobre el importe bruto pagado a los artistas y deportistas. Tales reglas pueden aplicarse igualmente a las rentas pagadas a grupos o equipos constituidos como entidades, compañías, etc. Algunos Estados, sin embargo, pueden considerar que la imposición del importe bruto puede ser inapropiada en determinados casos, incluso si el tipo impositivo correspondiente es bajo. Estos Estados pueden querer dar al contribuyente la opción de tributar sobre la renta neta, lo que puede realizarse mediante la inclusión de un párrafo redactado como sigue:

> Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas mencionadas en los apartados 1 o 2 que puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante sobre su importe bruto podrá, du-

rante [período pendiente de determinación por los Estados contratantes] solicitar por escrito al otro Estado que la renta se someta a imposición en ese otro Estado sobre su importe neto, solicitud que admitirá dicho otro Estado. Para determinar la renta imponible de ese residente obtenida en el otro Estado se permitirá la deducción de los gastos deducibles según la legislación interna del otro Estado, en los que haya incurrido por razón de las actividades allí realizadas y que pueda aplicarse un residente del otro Estado que ejerza una actividad igual o similar en condiciones idénticas o similares.

10.1. Algunos Estados pueden considerar asimismo que puede ser inapropiado aplicar el artículo 17 a artistas o deportistas no residentes que no estuvieran sujetos de otro modo a imposición en un Estado contratante (por ejemplo, conforme a lo dispuesto en los artículos 7 o 15) y que, en un ejercicio fiscal dado, obtengan únicamente escasos ingresos procedentes de actividades desarrolladas en ese Estado. Los Estados que deseen evitar esa situación de la aplicación del artículo 17 pueden hacerlo utilizando una versión alternativa del apartado 1, redactada como sigue:

No obstante lo dispuesto en el artículo 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, tal como actor de teatro, cine, radio o televisión o como músico, o en calidad de deportista, pueden someterse a imposición en ese otro Estado, excepto cuando el importe bruto de las rentas así obtenidas por ese residente procedentes de las actividades que realice en el transcurso de un ejercicio fiscal del otro Estado contratante no excedan de un importe equivalente a [15000 Derechos Especiales de Giro del FMI] expresado en la moneda de ese otro Estado al inicio de ese ejercicio fiscal, o de cualquier otro importe acordado por las autoridades competentes con anterioridad y para ese ejercicio.

10.2. El importe al que se refiere la disposición anterior es meramente un ejemplo. La Referencia a "Derechos Especiales de Giro del FMI" evita hacer referencia a la moneda de uno de los dos Estados contratantes y pretende servir de importe con un valor relativamente constante ajeno a las fluctuaciones de la moneda de cada Estado [los Derechos Especiales de Giro del FMI (DEG) se basan en una cesta de monedas que se revisan periódicamente y se expresan fácilmente en la mayoría de las monedas convertibles]. Asimismo, para simplificar la gestión, la disposición propuesta establece que el límite aplicable en un Estado para un ejercicio fiscal concreto es el importe convertido a la moneda de ese Estado al principio del ejercicio. La disposición propuesta permite también a las autoridades competentes modificar el importe cuando lo estimen oportuno. No obstante, en lugar de adoptar un importe fijo, algunos Estados pueden preferir adoptar un mecanismo objetivo que permita realizar cambios periódicos (lo que puede hacerse, por ejemplo, sustituyendo el importe mediante una fórmula tal que "el 50 por ciento del PIB medio *per cápita* de los países de la OCDE, determinado por la OCDE").

10.3. La disposición propuesta no impide a un Estado contratante aplicar el impuesto en el momento de obtener la renta correspondiente y proceder a su devolución posterior al final del ejercicio una vez constatado que no se ha superado el importe mínimo.

10.4. La disposición propuesta se aplica únicamente en relación con el apartado 1 (la aplicación de la norma a otras personas cubiertas por el apartado 2 podría favorecer la fragmentación de los contratos entre numerosas entidades vinculadas a fin de multiplicar el beneficio de la excepción). Del mismo modo, la disposición limita únicamente el derecho de imposición adicional reconocido por el artículo 17 sin afectar a los derechos de imposición que tenga el Estado de la fuente en virtud de los artículos 7 y 15. Por tanto, no impide la imposición en la medida en que el artista tenga un establecimiento permanente en el Estado de la fuente

o esté presente en ese Estado durante más de 183 días (o trabaje para un empleador residente de ese Estado o que tenga un establecimiento permanente en ese Estado).

Apartado 2

11. El apartado 1 del artículo se refiere a las rentas obtenidas por personas físicas, generadas por sus actividades personales en calidad de artistas y deportistas. El apartado 2 se refiere a los casos en que las rentas generadas por las actividades se atribuyen a otras personas. Cuando la renta de un artista o de un deportista se atribuye a otra persona y el Estado de la fuente no está autorizado jurídicamente para "transparentar" a la persona que percibe la renta y someter dicha renta a gravamen como renta del artista o el deportista, el apartado 2 dispone que el obligado tributario por la parte de la renta que no pueda gravarse en manos del artista o deportista será la persona que recibe la retribución. Si esta persona realiza actividades empresariales o profesionales, el país de la fuente puede someter a imposición esa renta incluso si no es atribuible a un establecimiento permanente allí situado. No obstante, no será así en todos los casos. Pueden distinguirse principalmente tres supuestos de ese tipo:

a) El primer caso es el de la sociedad de gestión que percibe una renta por la actuación de, por ejemplo, un grupo de deportistas (no constituido como persona jurídica).

b) El segundo es el de un equipo, una compañía, una orquesta, etc., constituido como persona jurídica. Las rentas de las actuaciones pueden pagarse a la persona jurídica. Las personas físicas miembros del equipo, orquesta, etc., estarán sujetas a imposición, conforme al apartado 1, en el Estado donde desarrollen su actividad como artistas o deportistas, respecto de toda retribución (o renta de la que se beneficien) percibidas como contraprestación por esa actividad (véase, no obstante, el párrafo 14.1 más adelante). El elemento de beneficio que devenga la persona jurídica en relación con la actuación estará sujeto a imposición con arreglo al apartado 2.

c) El tercer supuesto se refiere a determinados mecanismos de elusión fiscal en virtud de los cuales la retribución por la actuación del artista o del deportista no se le paga a este sino a otra persona, por ejemplo, a una de las denominadas agencias de artistas, de forma que, en ausencia de establecimiento permanente, la renta no se grava en el Estado donde se realiza la actividad ni como renta obtenida en la prestación de los servicios personales del artista o del deportista, ni como beneficios de la empresa. Algunos países "transparentan" dichos mecanismos en su legislación interna y tratan las rentas como obtenidas por el propio artista o deportista; en este caso, el apartado 1 les permite gravar las rentas derivadas de las actividades realizadas en su territorio. Otros países no pueden hacerlo. Cuando la actuación tiene lugar en estos países, el apartado 2 les permite gravar los beneficios desviados a la empresa de la renta del artista o deportista. Puede ocurrir, sin embargo, que la legislación interna de algunos Estados no les permita aplicar tal disposición. Dichos Estados son libres de convenir otras soluciones o de prescindir del apartado 2 en sus convenios bilaterales.

11.1. La aplicación del apartado 2 no está limitada a situaciones en las que el artista o el deportista y la tercera persona que devenga la renta, por ejemplo, una agencia de artistas, sean residentes del mismo Estado contratante. El apartado autoriza al Estado en que se ejercen las actividades del artista o deportista a gravar la renta procedente de esas actividades,

devengada por otra persona, sin tener en cuenta otras disposiciones del Convenio que fueran de aplicación en otro caso. Así pues, no obstante las disposiciones del artículo 7, el apartado permite que dicho Estado grave la renta obtenida por una agencia de artistas residente del otro Estado contratante incluso cuando el artista o deportista no sea residente de ese otro Estado. A la inversa, cuando quien devengue la renta de un artista residente de uno de los dos Estados contratantes sea una persona jurídica, por ejemplo, una agencia de artistas, residente de un tercer Estado con el que el Estado de la fuente no tiene firmado un convenio tributario, nada impedirá que el Estado contratante grave dicha persona jurídica de acuerdo con su legislación interna.

11.2. No obstante, el apartado 2 no se aplica a los premios económicos que reciben los propietarios de caballos o los equipos a los que pertenecen los coches de carreras en función de los resultados del caballo o del coche durante una carrera o una serie de carreras celebradas en un determinado periodo. En ese caso, el premio económico no se paga como contraprestación por la actividad personal del jinete o del piloto sino por razón de actividades relacionadas con la propiedad y el entrenamiento del caballo o con el diseño, construcción, propiedad y mantenimiento del coche. Este premio económico no deriva de la actividad personal del jinete o del piloto y no está recogido en el ámbito del artículo 17. Sin embargo, es obvio que, si el propietario o el equipo reciben un pago en contraprestación por la actividad personal del jinete o del piloto, esa renta puede gravarse al nivel de dichos jinete o piloto en aplicación del apartado 1 (véase el párrafo 7 más arriba).

11.3. Conviene no obstante señalar que, como norma general, independientemente del artículo 7, el Convenio no impedirá la aplicación de las reglas antielusión de la legislación interna del Estado de la fuente que permitan que este someta a imposición tanto al artista/deportista o a la agencia de artistas en caso de uso abusivo, como se reconoce en los párrafos 76 a 79 de los Comentarios al artículo 1. Asimismo, el apartado 9 del artículo 29 impedirá que los beneficios previstos en disposiciones como las de los artículos 7 y 15 se concedan en esos casos de uso abusivo.

11.4. El apartado 2 comprende las rentas que puedan considerarse percibidas por razón de las actividades personales del artista o del deportista. Si bien abarca las rentas percibidas por una empresa y que retribuyen la realización de dichas actividades (como un equipo deportivo o una orquesta), evidentemente no incluye la renta de todas las empresas que intervienen en la producción del espectáculo o del acto deportivo. Por ejemplo, la renta que percibe un promotor independiente de un concierto por la venta de entradas y la asignación de espacios publicitarios, no está cubierta por el apartado 2.

11.5. Si bien el artículo no indica el modo en que debe calcularse la renta cubierta por los apartados 1 y 2, y deja a la legislación interna de los Estados contratantes la determinación del ámbito de las deducciones que puedan aplicarse (véase el párrafo 10 más arriba), la renta obtenida por razón de las actividades personales de un artista o un deportista no debe estar sometida a doble imposición por la aplicación de ambos apartados. Esta será una consideración importante cuando, por ejemplo, el apartado 2 permita a un Estado contratante someter a imposición a la agencia de un artista por un pago que esta perciba por razón de las actividades que realice el artista en ese Estado y el apartado 1 permita asimismo a ese Estado gravar la parte de la retribución pagada por esa agencia al artista que pueda atribuirse razonablemente a dichas actividades. En ese caso, el Estado contratante podrá, dependiendo

de su legislación interna, someter a imposición únicamente a la agencia o al artista por el total de la renta atribuible a esas actividades, o someter a imposición a cada uno de ellos por su parte de la renta, por ejemplo, gravando la renta percibida por la agencia, pero permitiendo la deducción de la parte de la retribución pagada al artista, y haciendo que el artista tribute por esa parte.

Consideraciones adicionales referentes a los apartados 1 y 2

12. En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, cuando el Estado de residencia de la persona que obtiene las rentas utilice el método de exención para eliminar la doble imposición, ese Estado no podrá gravar tales rentas ni siquiera en el caso de que el Estado donde se realiza la actividad no pueda hacer uso de su derecho de gravamen. En tales casos deberá utilizarse, por consiguiente, el método de imputación. Puede obtenerse el mismo resultado atribuyendo un derecho subsidiario de gravamen al Estado de residencia de la persona que percibe las rentas en el caso de que el Estado donde se ejerce la actividad no pueda hacer uso del derecho que le atribuyen los apartados 1 y 2. Los Estados contratantes pueden optar por cualquiera de estos métodos para impedir que las rentas eludan el gravamen.

13. En general, el artículo 17 es aplicable en el caso de artistas o deportistas empleados por un Estado y que perciban rentas de ese Estado; véase el párrafo 6 de los Comentarios al artículo 19. Algunos convenios contienen disposiciones que excluyen de la aplicación del artículo 17 a los artistas y deportistas empleados por organizaciones subvencionadas con cargo a fondos públicos.

14. Algunos países pueden considerar oportuno excluir del ámbito del artículo los actos o actuaciones 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 que pretenden abarcar. Dicha disposición podría redactarse 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 se financie total o principalmente con 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 exclusivamente en el Estado contratante del que sea residente el artista o el deportista.

14.1. Asimismo, teniendo en cuenta las dificultades administrativas que plantea el atribuir a actividades concretas llevadas a cabo en un Estado, el total de la retribución percibida por una persona física integrante de un equipo, una compañía o una orquesta por razón de su empleo asalariado, y someter a imposición la parte correspondiente de dicha retribución, algunos Estados pueden considerar adecuado no someter a imposición dicha retribución. Si bien un Estado puede decidir unilateralmente dejar exenta dicha retribución, esa solución unilateral no será recíproca y generará los problemas descritos en el párrafo 12 anterior cuando el Estado de residencia de la persona que percibe la renta recurra al método de exención. Estos Estados pueden por tanto considerar apropiado excluir dicha retribución del ámbito del artículo. El párrafo 2 más arriba propone la solución consistente en modificar el texto del artículo de forma que no se aplique en relación con las rentas del trabajo por cuenta ajena, si bien algunos países pueden preferir una excepción más restringida que se limite a los casos con los que se encuentran habitualmente en la práctica. Véase a continuación a modo

de ejemplo una disposición aplicable a los integrantes de equipos deportivos que puede utilizarse a tal fin:

> Las disposiciones del artículo 17 no son aplicables a las rentas que perciba un residente de un Estado contratante por razón de la actividad personal de una persona física ejercida en el otro Estado contratante en su condición de miembro de un equipo del Estado mencionado en primer lugar que participe en un partido organizado en el otro Estado por una liga a la que dicho equipo pertenezca.

Observaciones a los Comentarios

15. En relación con los ejemplos propuestos en el apartado 3, *Turquía* considera que la actividad que realice una modelo en esa condición (por ejemplo, una modelo que presente ropa durante un desfile de moda o una sesión de fotos) está incluida en el ámbito de este artículo teniendo en cuenta la naturaleza de espectáculo y aparición pública de esta actividad.

15.1. *Francia* considera que la afirmación contenida en la primera frase del párrafo 13, que difiere de la redacción anterior a la revisión de 1995, es incorrecta, ya que no es conforme a la realidad calificar *a priori* como actividades empresariales o profesionales las actividades públicas en cuestión –y, en particular, las actividades culturales– que generalmente no tienen una finalidad lucrativa. Además, dicha afirmación no es coherente con la segunda frase del mismo párrafo ni con el párrafo 14, que reconocen explícitamente el derecho a aplicar un régimen de exención especial a tales actividades públicas: si se aplicara con carácter general al ejercicio de actividades económicas, ese régimen carecería de justificación, ya que sería contrario a la neutralidad fiscal y la equidad tributaria.

15.2. *Suiza* no comparte el punto de vista expresado en el párrafo 9 de los Comentarios según el que el artículo17 se aplica a las rentas obtenidas por publicidad o patrocinio, que estén estrechamente relacionadas con una actuación en un Estado concreto. Suiza considera que las rentas derivadas de la publicidad o el patrocinio están comprendidas en las reglas normales del artículo 7 o del artículo 15, según corresponda, incluso cuando tales rentas estén estrechamente relacionadas con una actuación en un Estado dado. Además, Suiza considera que las rentas procedentes de los artículos de promoción comercial y las obtenidas en forma de pagos por el uso o la cesión de los derechos de imagen (párrafo 9.5 de los Comentarios) no están comprendidas en el artículo 17.

15.3. *Chile* y *México* consideran necesario aclarar que en el caso del tercer ejemplo del párrafo 9.1, concerniente a los honorarios obtenidos por ex deportistas, estos pueden recaer en el ámbito del artículo 17 aun cuando el ex deportista no participe en el acto deportivo cuando los honorarios se paguen por una actividad de ocio y entretenimiento y el ex deportista intervenga como artista.

Reservas al artículo

16. *Canadá, Estados Unidos* y *Suiza* consideran que el apartado 2 del artículo debe aplicarse únicamente en los casos previstos en el subapartado *c)* del párrafo 11 anterior y se reservan el derecho a proponer una modificación a tal fin.

17. *Alemania* se reserva el derecho a incluir una disposición conforme a la que las rentas obtenidas por una persona por la transferencia de los derechos de retransmisión en directo u

otras explotaciones comerciales de las actividades personales de artistas o deportistas pueden someterse a imposición en el Estado en el que el artista o deportista ejercen su actividad personal.

18. Según la doctrina francesa y su práctica en materia de convenios, las rentas que obtengan un deportista o un artista del uso de su imagen es indisociable de las actividades profesionales de esa persona y, por tanto, debe gravarse en el Estado de la fuente. *Francia* se reserva por tanto el derecho a incluir en sus convenios bilaterales un apartado adicional permitiendo la imposición en la fuente de las rentas derivadas de actividades que no puedan disociarse de la notoriedad profesional.

19. [Suprimido.]

20. *Estados Unidos* se reserva el derecho a limitar la aplicación del apartado 1 a los casos en que el artista o el deportista ganen una cuantía determinada.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 18
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS PENSIONES

1. Con arreglo a este artículo, las pensiones pagadas en relación con un empleo en el sector privado son gravables exclusivamente en el Estado de residencia del perceptor. Son varios los argumentos de índole política y administrativa que sustentan el principio de dejar en poder del Estado de residencia el derecho a gravar este tipo de pensiones y retribuciones análogas. Por ejemplo, el Estado de residencia del perceptor de una pensión está en mejor situación que ningún otro Estado para considerar la capacidad contributiva general del perceptor, que principalmente depende de su renta mundial y de sus circunstancias personales, como pueden ser las responsabilidades familiares. Esta solución también evita el imponer a los perceptores de este tipo de pensiones la carga administrativa que implica cumplir con obligaciones tributarias en Estados distintos al de su residencia.

2. Sin embargo, algunos Estados son reacios a adoptar el principio de tributación exclusiva en residencia de las pensiones y proponen alternativas al artículo. Algunas de estas alternativas, y las cuestiones que suscitan, se analizan en los párrafos 12 a 21 siguientes, que tratan de las distintas consideraciones relacionadas con la asignación de potestades tributarias en relación con las prestaciones en forma de pensiones y de las razones que sustentan la redacción del artículo tal como aparece.

Ámbito de aplicación del artículo

3. Los tipos de pagos comprendidos en el artículo no incluyen solamente las pensiones pagadas directamente a antiguos empleados, sino también a otros beneficiarios (por ejemplo, cónyuge supérstite, pareja o hijos del empleado) y otras retribuciones análogas, como las rentas vitalicias pagadas por razón de un empleo anterior. Se aplica también a las pensiones pagadas respecto de servicios prestados a un Estado o a sus subdivisiones políticas o entidades locales que no estén comprendidas en el ámbito del apartado 2 del artículo 19. No obstante, el artículo tan solo se aplica a pagos efectuados como contraprestación de un empleo anterior; por lo que no cubre, por ejemplo, una renta vitalicia adquirida directamente por el rentista sobre un capital que no provenga de un sistema de previsión para la jubilación vinculado a un empleo. El artículo resulta aplicable con independencia del tratamiento tributario del sistema de pensiones bajo el cual se realizan las aportaciones correspondientes; así, un pago efectuado con cargo a un sistema de pensiones que no pueda acogerse a desgravación alguna, puede considerarse, a pesar de ello, como una "pensión o retribución análoga" (el desajuste tributario que pueda producirse en una situación de este tipo se estudia más adelante). Del mismo modo, el artículo se aplica con independencia de si los pagos en cuestión provienen o no de un "fondo de pensiones reconocido" según se definen en el artículo 3, apartado 1, subapartado (i).

4. En el momento de la terminación del empleo, el trabajador puede percibir diversos pagos. El que esos pagos estén comprendidos o no en el ámbito del artículo se determinará en función de su naturaleza, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias en que se efectúan, como se explica en los dos párrafos que siguen (véanse también los párrafos 2.3 a 2.16 de los Comentarios al artículo 15, que tratan sobre la aplicación del Convenio a un cierto número de estos pagos).

5. Mientras que, el sentido usual de la palabra "pensión", solo comprende los pagos periódicos, la expresión "otras retribuciones análogas" es lo suficientemente amplia como para cubrir pagos no periódicos. Por ejemplo, una cantidad total pagada en el momento del cese del empleo, o con posterioridad, en lugar de pagos periódicos en concepto de pensión, puede estar incluida en el ámbito de este artículo.

6. El que deba considerarse un pago en particular como una retribución análoga a una pensión o como finiquito por el trabajo asalariado ejercido, comprendido en el artículo 15, es una cuestión de hecho. Por ejemplo, si se demuestra que el pago sustituye o reduce la pensión, ese pago puede considerarse una "retribución análoga" incluida en este artículo. Esto ocurre cuando una persona puede elegir, en el momento de su jubilación, entre el pago de una pensión o un pago único calculado por referencia al importe total de sus aportaciones o al importe de pensión al que esa persona hubiera tenido derecho de acuerdo a las reglas aplicables a su sistema de pensiones. El origen del pago es un factor importante; en general, los pagos efectuados con cargo a sistemas de previsión para la jubilación quedan comprendidos en el artículo. Otros factores que pueden ayudar a determinar si un pago o una serie de ellos caen dentro del artículo incluyen: si el pago se realiza en el momento de la terminación del empleo que lo genera o con posterioridad, si el perceptor sigue trabajando, si el perceptor ha alcanzado la edad normal de jubilación para ese tipo de trabajo en particular, la situación de otros perceptores habilitados igualmente para recibir el mismo tipo de pago único y si el perceptor está habilitado simultáneamente para percibir otras prestaciones en forma de pensiones. El reembolso de cotizaciones para pensiones (por ejemplo, tras un empleo temporal) no constituye "otra retribución análoga" comprendida en el artículo 18. Cuando se planteen dificultades en relación con el gravamen de estos tipos de pagos, los Estados contratantes las resolverán recurriendo a las disposiciones del artículo 25.

7. Dado que el artículo se aplica únicamente a pensiones y retribuciones análogas pagadas por razón de un empleo anterior, no abarca otras pensiones tales como las que se pagan en relación con servicios personales independientes prestados con anterioridad. Sin embargo, algunos Estados extienden el ámbito del artículo para cubrir todo tipo de pensiones, incluidas las pensiones públicas. Los Estados que deseen proceder de este modo son libres de acordar la inclusión de las correspondientes disposiciones.

Cuestiones transfronterizas con relación a las pensiones

8. La globalización de la economía y el desarrollo de las comunicaciones internacionales y el transporte han incrementado de manera notable la movilidad internacional de las personas físicas, tanto por razones laborales como personales. Esto ha incrementado significativamente la importancia de las cuestiones transfronterizas que surgen de la interacción de los diferentes instrumentos de previsión para la jubilación que existen en los diversos Estados y que se diseñaron básicamente en función de consideraciones puramente de política interna. Dado que estas cuestiones afectan a un número elevado de personas, resulta deseable abordarlas en los convenios tributarios para así eliminar obstáculos al movimiento internacional de personas y, en particular, de trabajadores.

9. Muchas de estas cuestiones tienen que ver con desajustes que resultan de diferencias en la política tributaria general que los Estados adoptan con relación a los ahorros para la jubilación. En muchos Estados las aportaciones para la jubilación se benefician de incentivos

fiscales. Tales incentivos adoptan frecuentemente la forma de diferimientos del impuesto, de modo que la parte de la renta de una persona física que se aporta a un instrumento de previsión para la jubilación, así como la renta generada por ese instrumento, o todo derecho de percepción devengado en favor de la persona, están exentos de imposición, mientras que las prestaciones en forma de pensión derivadas de estos instrumentos de previsión se gravan en el momento de su percepción. Otros Estados, sin embargo, tratan las aportaciones para pensiones como cualquier otra forma de ahorro y no dejan exentas ni las aportaciones ni la ganancia que generan, por lo que es lógico que no graven las prestaciones de jubilación. Entre estos dos enfoques existe una variedad de sistemas en los que las aportaciones y las ganancias que generan, el devengo del derecho a la percepción de una pensión o las prestaciones en forma de pensión quedan parcialmente gravadas o exentas.

10. La existencia de modelos de cobertura de prestaciones por jubilación muy distintos entre sí plantea otras dificultades. Con frecuencia, estos se enmarcan en una de las tres categorías siguientes:

— sistemas públicos obligatorios (seguridad social);

— sistemas de previsión para la jubilación vinculados al empleo (sistema empleo);

— sistemas de previsión individuales.

La interacción entre estas categorías plantea dificultades específicas. Estas dificultades se agravan por el hecho de que cada Estado puede tener reglas fiscales diferentes para estos distintos modelos de previsión, así como por las diferencias considerables en el grado en que los Estados basan sus sistemas de previsión social en cada una de estas categorías (por ejemplo, mientras que en algunos Estados las prestaciones de jubilación se amparan casi exclusivamente en su sistema público, otros dependen principalmente de los sistemas vinculados al empleo o de los sistemas de jubilación individuales).

11. Las cuestiones que surgen de todas estas diferencias deben analizarse en profundidad en el curso de las negociaciones bilaterales, en particular para evitar la doble imposición o la no imposición y, en su caso, abordarse mediante disposiciones específicas. Las secciones siguientes examinan algunas de estas cuestiones transfronterizas.

Atribución del derecho a gravar las prestaciones por jubilación

12. Según se explica más arriba en el párrafo 9, muchos Estados han adoptado el enfoque según el cual, sin perjuicio de diversas restricciones, el impuesto sobre las aportaciones a sistemas de pensiones, así como sobre las ganancias obtenidas, o sobre el devengo del derecho a la pensión se difiere total o parcialmente, pero se recupera cuando se paguen las prestaciones en forma de pensión.

13. Algunos de estos Estados consideran que, puesto que la deducción de las cotizaciones para pensiones es un diferimiento del impuesto respecto de la parte de renta del empleo que se ahorra de cara a la jubilación, el impuesto así diferido debe ser recuperable en caso de que la persona deje de ser residente antes del pago total o parcial de las prestaciones por jubilación. Este punto de vista predomina particularmente cuando la prestación se satisface mediante un pago único o a lo largo de un período de tiempo corto, pues esto aumenta los riesgos de doble no imposición.

14. Si el otro Estado, del cual la persona física se convierte en residente, ha adoptado un enfoque similar y por tanto grava estas prestaciones de jubilación cuando se reciben, la cuestión principal que se plantea es la del reparto de las potestades tributarias entre los dos Estados. Sin embargo, si la persona se convierte en residente de un Estado que adopta un enfoque diferente, de modo que no grave las prestaciones en forma de pensiones, el desajuste en los enfoques adoptados por estos Estados provocará que no se pague impuesto alguno sobre la renta en cuestión.

15. Por estos motivos, algunos Estados tratan de incluir en sus convenios tributarios disposiciones alternativas diseñadas para garantizar una tributación exclusiva o limitada en la fuente respecto de pensiones pagadas por razón del empleo. Los siguientes son ejemplos de disposiciones que algunos Estados miembros han adoptado teniendo en cuenta estas consideraciones de índole política y administrativa. Los Estados pueden acordar libremente la inclusión de estas disposiciones de forma bilateral:

a) Disposiciones que permiten la tributación exclusiva en la fuente de los pagos de pensiones

Siguiendo este criterio, el artículo se redacta como sigue:

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19, las pensiones y otras retribuciones análogas procedentes de un Estado contratante y pagadas a un residente del otro Estado contratante por razón de un empleo anterior serán gravables exclusivamente en el Estado mencionado en primer lugar.

b) Disposiciones que permiten la tributación compartida de los pagos de pensiones

Siguiendo este criterio, el Estado de la fuente tiene derecho a gravar los pagos de pensiones y el resultado de la aplicación de los artículos 23 A o 23 B es que ese derecho sea exclusivo, o meramente previo al del Estado de residencia. En ese caso, el artículo se redacta como sigue:

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19, las pensiones y otras retribuciones análogas pagadas a un residente de un Estado contratante por razón de un empleo anterior serán gravables exclusivamente en ese Estado. Sin embargo, dichas pensiones y retribuciones análogas pueden someterse también a imposición en el otro Estado contratante si proceden de ese Estado.

c) Disposiciones que permiten una tributación limitada de la pensión en la fuente

Conforme a este criterio, el Estado de la fuente tiene derecho a gravar los pagos de pensiones, pero este derecho está sujeto a un límite, expresado generalmente como un porcentaje del pago. En este caso, el artículo se redacta como sigue:

> 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19, las pensiones y otras retribuciones análogas pagadas a un residente de un Estado contratante por razón de un empleo anterior pueden someterse a imposición en ese Estado.
>
> 2. Sin embargo, dichas pensiones y retribuciones análogas pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que proceden, y según la legislación de ese Estado, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del [porcentaje] del importe bruto del pago.

Cuando se use una disposición de este tipo, debe añadirse una referencia al apartado 2 del artículo 18 en el apartado 2 del artículo 23 A para asegurar que el Estado de residencia, en caso de que aplique el método de exención, tenga derecho a gra-

var las pensiones, pero debe conceder un crédito por el impuesto exigido en el Estado de la fuente.

d) *Disposiciones que permiten la tributación en la fuente de las pensiones solo cuando el Estado de residencia no grava esas pensiones*

Tal disposición se utilizaría por Estados que estuvieran esencialmente preocupados por el desajuste estructural descrito en el párrafo 14 anterior. Se añade entonces un apartado 2 del siguiente tenor:

> 2. Sin embargo, dichas pensiones y retribuciones análogas pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que proceden si estos pagos no están sujetos a tributación en el otro Estado contratante en virtud de las disposiciones ordinarias de su legislación fiscal.

16. Además de las razones citadas en los párrafos 13 y 14 anteriores, a la hora de valorar la oportunidad de estas disposiciones deben tenerse en cuenta ciertas consideraciones de índole política y administrativa.

17. Primero, el Estado de residencia se halla en mejores condiciones para gravar convenientemente las pensiones, ya que le es más fácil tener en cuenta la renta mundial, y, por ende, la capacidad contributiva general del perceptor, de modo que puede aplicar los tipos y las deducciones personales que resulten apropiados. En contraposición, la tributación en la fuente de las pensiones bien puede dar como resultado un exceso de gravamen cuando el Estado de la fuente exija una retención final sobre el importe bruto pagado. Si en el Estado de residencia el impuesto exigido fuera escaso o nulo (por ejemplo, por las deducciones que puedan aplicarse), el pensionista podría no tener derecho a compensar en el Estado de residencia el impuesto pagado en la fuente. Sin embargo, algunos Estados han tratado de mitigar este problema extendiendo sus deducciones personales a los no residentes que obtienen la casi totalidad de su renta de esos Estados. Además, algunos Estados han permitido que los pagos por pensiones efectuados a no residentes se graven al tipo marginal que sería aplicable si ese perceptor tuviera que tributar por su renta mundial (sin embargo, este sistema conlleva dificultades administrativas, dado que exige conocer la renta mundial del no residente solo a los efectos de determinar el tipo impositivo aplicable).

18. Segundo, podrían ser importantes ciertas consideraciones de equidad, dado que el nivel de pensiones pagadas en el Estado de la fuente generalmente se fija teniendo en cuenta los tipos impositivos allí aplicados. Siendo así, una persona que haya emigrado a otro Estado que aplique tipos impositivos distintos quedaría en ventaja o desventaja al recibir una pensión después de impuestos distinta de la prevista por el sistema pensiones.

19. Tercero, las disposiciones alternativas que atribuyen el derecho de gravamen de las pensiones al Estado de la fuente, bien de forma exclusiva o limitada, implican la necesidad de determinar cuál es el Estado de la fuente. Como quiera que una mera referencia a una pensión "procedente de" un Estado contratante pudiera interpretarse como que significa tanto la pensión pagada por un fondo establecido en ese Estado como la pensión procedente de un trabajo ejercido en un Estado, aquellos Estados que utilicen esta redacción deben aclarar el modo de interpretarla y aplicarla.

19.1. En teoría, se podría considerar que el Estado de la fuente es aquel en que está establecido el fondo, el Estado donde se ha ejercido el trabajo o bien el Estado donde se han solicita-

do deducciones. Cualquiera de estas tres posiciones generaría problemas en el caso de personas físicas que trabajen en más de un Estado, cambien su residencia durante su carrera profesional u obtengan pensiones de fondos establecidos en un Estado distinto de aquel en el que han trabajado. Por ejemplo, hoy son muchas las personas que pasan una parte significativa de su carrera fuera del Estado en el que están establecidos sus fondos de pensiones, que es de donde se pagan, en última instancia, sus prestaciones por jubilación. En ese caso, parece difícil justificar que el Estado de la fuente sea el Estado donde el fondo está establecido. La alternativa de considerar como Estado de la fuente aquel donde se ha ejercido el trabajo o donde se han solicitado las deducciones resolvería esta cuestión pero provocaría dificultades de índole administrativa tanto para los contribuyentes como para la Administración tributaria, en especial en el caso de contribuyentes que hubieran trabajado en muchos Estados a lo largo de su carrera, pues podría darse la situación de que distintas porciones de la misma pensión tuvieran su fuente en Estados diferentes.

19.2. Los Estados que deseen hacer uso de las disposiciones en virtud de las que se prevé la tributación exclusiva o limitada en fuente sobre las pensiones deberán tener en cuenta los problemas relacionados con la determinación del Estado de la fuente y, posteriormente, afrontar las dificultades administrativas que se derivarán de la regla que adopten a tal fin, por ejemplo, para evitar las situaciones en las que dos Estados reivindiquen los derechos de tributación como fuente sobre la misma pensión.

20. Cuarto, otro argumento contra estas disposiciones alternativas es que la tributación exclusiva en el Estado de residencia significa que los pensionistas solo necesitan cumplir con las obligaciones fiscales de su Estado de residencia por lo que respecta a los pagos comprendidos en el artículo 18. Por contra, si se permitiera una tributación limitada o exclusiva en el Estado de la fuente, el pensionista tendría que cumplir con las obligaciones fiscales de los dos Estados contratantes.

21. Por su parte, la tributación exclusiva en el Estado de residencia puede generar preocupaciones sobre la no declaración de rentas de pensiones de fuente extranjera. No obstante, el intercambio de información, unido a los sistemas adecuados de control del cumplimiento reducirán la incidencia de los casos de no declaración de estas pensiones.

Pensiones exentas

22. Como se menciona en el párrafo 9 anterior, algunos Estados no gravan los pagos en concepto de pensiones con carácter general o bien dejan exentas determinadas categorías de pagos de pensiones, o parte de ellas. En estos casos, las disposiciones del artículo, que establece la tributación de las pensiones en el Estado de residencia, pueden tener como resultado la tributación por ese Estado de pensiones concebidas para no ser gravadas y cuyo importe podría haberse fijado en consideración a esa exención, circunstancia que puede generar dificultades financieras injustificadas para el perceptor de la pensión.

23. Para evitar los problemas resultantes de este tipo de desajuste, algunos Estados incluyen en sus convenios tributarios disposiciones que protegen la exención de las pensiones cuando el perceptor reside en el otro Estado contratante. Estas disposiciones pueden circunscribirse a categorías específicas de pensiones o pueden abordar la cuestión de una manera más general. Un ejemplo de esta última posición sería una disposición del siguiente tenor:

No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, toda pensión o retribución análoga pagada a un residente de un Estado contratante por razón de un empleo anterior ejercido en el otro Estado contratante estará exenta de imposición en el Estado mencionado en primer lugar si esa pensión o retribución análoga hubiera estado exenta en el otro Estado de haber sido el perceptor residente de ese Estado.

Cuestiones relativas a los sistemas reglamentarios de seguridad social

24. En función de las circunstancias, los pagos de la seguridad social pueden subsumirse en este artículo en tanto que "... pensiones y otras retribuciones análogas pagadas [...] por razón de un empleo anterior", en el artículo 19 como "pensiones [...] pagadas [...], bien directamente o con cargo a fondos constituidos, por un Estado contratante [...], por los servicios prestados a ese Estado", o en el artículo 21 como "rentas [...] no mencionadas en los anteriores artículos". Las pensiones de la seguridad social están comprendidas en este artículo cuando se pagan por razón de un empleo anterior, salvo que sea de aplicación el apartado 2 del artículo 19 (véase más adelante). Una pensión de la seguridad social puede considerarse pagada por razón "de un empleo anterior" si el empleo es una condición para devengar esa pensión. Este será el caso, por ejemplo, cuando, en virtud del correspondiente sistema público de pensiones:

— el importe de la pensión se determine sobre la base de la duración de la condición de empleado, de las rentas del trabajo o de ambas, de modo que los años en que la persona no tuvo un empleo no generen derecho a la prestación por jubilación;

— el importe de la pensión se determine en función de las cotizaciones satisfechas al sistema de pensiones en la condición de empleado y en relación con la duración del empleo; o

— el importe de la pensión se determine en función de la duración de la condición de empleado y de las cotizaciones al régimen de pensiones correspondiente o de las ganancias de inversión que este obtenga, o de ambas.

25. El apartado 2 del artículo 19 sería aplicable a una pensión de la seguridad social que estuviera comprendida en el ámbito del artículo 18 si no fuera porque el empleo anterior por el cual se pagan son servicios prestados a un Estado, o una subdivisión política o entidad local del mismo, distintos de los servicios contemplados en el apartado 3 del artículo 19.

26. Los pagos de la seguridad social no comprendidos en los artículos 18 o 19 entran en el ámbito del artículo 21. Este es el caso, por ejemplo, de los pagos efectuados a los trabajadores por cuenta propia, así como las pensiones no contributivas, pagadas por razón de edad o de discapacidad, cuya percepción no está vinculada a un empleo anterior ni a factores ligados a un empleo anterior (como los años de trabajo o las cotizaciones efectuadas durante el tiempo de empleo).

27. Algunos Estados, sin embargo, asimilan las pensiones pagadas con cargo a un sistema público de pensiones, que es parte de su sistema de seguridad social, a las pensiones públicas. Y siendo así, dichos Estados defienden que corresponde al Estado de la fuente, es decir, al Estado donde se origina el pago de las pensiones, el derecho a gravar todas esas pensiones. Muchos de los convenios firmados por tales Estados contienen disposiciones a ese efecto que,

en ocasiones, incluyen también otros pagos realizados al amparo de la legislación sobre seguridad social del Estado de la fuente. Los Estados contratantes que participen de esa opinión pueden convenir bilateralmente la inclusión en el artículo de un apartado adicional reconociendo al Estado de la fuente el derecho a gravar los pagos efectuados en aplicación de su legislación sobre seguridad social. Un apartado de ese tipo podría redactarse en los siguientes términos:

> No obstante las disposiciones del apartado 1, las pensiones y otros pagos efectuados en virtud de la legislación sobre seguridad social de un Estado contratante pueden someterse a imposición en ese Estado.

Cuando el Estado de residencia del perceptor de dichos pagos aplique el método de exención, los pagos serán gravables exclusivamente en el Estado de la fuente, mientras que los Estados que utilicen el método de imputación podrán gravarlos y reconocer un crédito tributario por el impuesto exigido en el Estado de la fuente. Algunos Estados que utilizan en sus convenios el método de imputación con carácter general pueden, no obstante, optar por reconocer al Estado de la fuente el derecho de gravamen exclusivo respecto de dichos pagos. Tales Estados deberán utilizar la expresión "serán gravables exclusivamente" en lugar de la expresión "pueden someterse a imposición" en la disposición antes propuesta.

28. Si bien la anterior propuesta de redacción se refiere a la legislación en materia de seguridad social de cada Estado contratante, su ámbito de aplicación está limitado. Por "seguridad social" normalmente se entiende un sistema obligatorio de previsión social que un Estado instituye con el fin de proveer a su población de un nivel mínimo de renta o de prestaciones de jubilación o para mitigar el impacto financiero de acontecimientos tales como el desempleo, accidentes laborales, enfermedad o fallecimiento. Una característica común de los sistemas de seguridad social es que el nivel de las prestaciones lo determina el Estado. Los pagos que pueden quedar al amparo de la disposición incluyen las pensiones de jubilación a disposición del conjunto de la población por razón de un sistema público de pensiones, pensiones para la tercera edad, así como por desempleo, incapacidad, maternidad, viudedad, enfermedad, asistencia social y pagos para protección familiar, efectuados por el Estado o por entidades públicas constituidas para administrar los fondos que han de ser distribuidos. Dado que puede haber diferencias sustanciales en los sistemas de seguridad social de los Estados contratantes, es importante para los Estados que vayan a hacer uso de la propuesta que verifiquen, en el transcurso de las negociaciones bilaterales, su común entendimiento de lo que va a quedar amparado por la disposición.

Cuestiones relativas a los sistemas de previsión para la jubilación individuales

29. En muchos Estados el tratamiento tributario preferente (usualmente en la forma del diferimiento impositivo descrito en el párrafo 9 anterior) se aplica a ciertos sistemas de ahorro individuales establecidos para proporcionar prestaciones de jubilación. Estos planes de jubilación individuales están habitualmente a disposición de aquellas personas que no pueden acceder a sistemas de pensiones vinculados al empleo, si bien pueden también estar a disposición de trabajadores que deseen complementar las prestaciones de jubilación que obtendrán de su sistema público de pensiones o de los sistemas promovidos por las empresas. Estos instrumentos de previsión adoptan varias formas legales, por ejemplo, pueden ser cuentas de ahorro, fondos de inversión individuales o pólizas de seguro de vida suscritas

individualmente. Su característica común es el tratamiento tributario preferente, condicionado al cumplimiento de ciertos límites en las aportaciones realizadas.

30. Estos sistemas individuales suscitan muchas de las cuestiones transfronterizas que se plantean también respecto de los sistemas de previsión para la jubilación vinculados al empleo, tales como el tratamiento tributario, en un Estado contratante, de las aportaciones realizadas a un sistema establecido en el otro Estado (véanse los párrafos 31 a 65 siguientes). No obstante, los instrumentos individuales de jubilación pueden plantear cuestiones específicas que necesiten de un examen *ad hoc* durante la negociación de un convenio bilateral. Una de estas cuestiones es el tratamiento tributario en cada Estado de la renta acumulada en un instrumento de este tipo establecido en el otro Estado. Muchos Estados tienen regulaciones (tales como la reglas para fondos de inversión extranjeros, o reglas que atribuyen la renta de un fideicomiso a su fideicomitente o a su beneficiario en ciertas circunstancias, o bien reglas que establecen la tributación en el momento del devengo de rentas derivadas de ciertas formas de inversión, incluidos los seguros de vida) que, en determinadas circunstancias, pueden tener como consecuencia el gravamen de la renta devengada en un sistema de previsión para la jubilación individual establecido en el extranjero. Aquellos Estados que consideren que ese resultado es inapropiado a la vista de su posición respecto de la tributación de las fórmulas de ahorro para la jubilación quizá deseen evitar que esa tributación se produzca. Podría redactarse la siguiente disposición para resolver la cuestión, restringida a aquellos planes reconocidos como sistemas de previsión para la jubilación individuales:

> A los efectos del cálculo del impuesto pagadero en un Estado contratante por una persona física residente de ese Estado y que fue previamente residente del otro Estado contratante, toda renta devengada por razón de un instrumento de previsión
>
> *a)* suscrito con una persona establecida fuera del Estado mencionado en primer lugar con el fin de asegurar prestaciones de jubilación para esa persona física,
>
> *b)* del que la persona física es partícipe y fue partícipe cuando era residente del otro Estado,
>
> *c)* que la autoridad competente del Estado mencionado en primer lugar acepte como equivalente, con carácter general, a un sistema de previsión individual reconocido como tal a efectos tributarios en ese Estado,
>
> se tratará como si fuera renta devengada mediante un sistema de previsión individual establecido en ese Estado. Este apartado no limita en modo alguno la imposición de las prestaciones distribuidas por razón de ese modelo de cobertura.

El tratamiento tributario de las aportaciones a sistemas de pensiones extranjeros

A. Comentarios generales

31. Una característica de las empresas multinacionales es que su personal debe estar dispuesto a trabajar en ocasiones fuera de su país de origen. Las condiciones de empleo aplicables al personal desplazado tienen mucho interés e importancia, tanto para el empleador como para el empleado. Entre dichas condiciones hay que considerar los acuerdos en materia de pensiones del empleado. Del mismo modo, las personas físicas que se desplazan a otros países para prestar servicios personales independientes se enfrentan a menudo a problemas

tributarios transfronterizos con relación a los sistemas públicos y privados de pensiones que hayan provisto en su Estado de origen.

32. Las personas que trabajan en el extranjero desean a menudo continuar haciendo aportaciones a los sistemas de pensiones (incluyendo el sistema público de pensiones) de su país de origen durante su estancia en el extranjero. Ello se debe al hecho de que el cambio de un sistema a otro puede conllevar una pérdida de derechos y beneficios, y a que la afiliación a sistemas de pensiones diferentes en distintos países puede plantear numerosas dificultades prácticas.

33. El régimen tributario aplicable a las aportaciones a sistemas de pensiones efectuadas por o para personas que trabajen fuera de su país de origen varía según los países y en función de las circunstancias de cada caso concreto. Antes de aceptar una contratación en el extranjero, o un desplazamiento, estas personas tienen normalmente derecho a la deducción de sus cotizaciones para pensiones, o las que se realicen en su beneficio, en el país de origen. En algunos casos, las cotizaciones conservan el derecho a la deducción cuando la persona física trabaja en el extranjero. Por ejemplo, si la persona continúa siendo residente y estando plenamente sujeta a imposición en el país de origen, por lo general, las aportaciones al sistema de pensiones de ese país continuarán siendo deducibles en el mismo. Sin embargo, es frecuente que las aportaciones pagadas en el país de origen por una persona física que trabaja en el extranjero no generen el derecho a la deducción conforme a la legislación interna del país de origen, ni tampoco conforme a la del país de acogida. En ese caso puede ser caro, si no prohibitivo, mantener la participación en el sistema de pensiones del país de origen durante el tiempo que dure el desplazamiento o el contrato en el extranjero. El párrafo 37, más adelante, propone una disposición que los países miembros pueden, si lo desean, incluir en los convenios bilaterales para permitir la desgravación de las aportaciones para pensiones efectuadas por personas que trabajan fuera su país de origen, o en su beneficio.

34. Sin embargo, algunos países miembros pueden considerar que la solución del problema no consiste en incluir una disposición en el convenio, prefiriendo, por ejemplo, que se modifique el sistema de pensiones para asegurar la deducción en el país de acogida. Otros países pueden ser contrarios a incluir en sus convenios la disposición que se cita más abajo cuando la legislación interna limite la deducción a las aportaciones pagadas a residentes. En tales casos quizá resulte inapropiado incluir la disposición propuesta en un convenio bilateral.

35. La disposición propuesta abarca las aportaciones efectuadas a todos los sistemas de pensiones, incluyendo los sistemas de previsión para la jubilación individuales y las pensiones del sistema público. Muchos Estados miembros han concluido acuerdos bilaterales de totalización o integración en materia de seguridad social que pueden ser de utilidad para evitar en parte el problema en relación a las cotizaciones a sistemas públicos de pensiones; sin embargo, estos acuerdos no se refieren al tratamiento tributario de las aportaciones transfronterizas. En el caso de los sistemas de pensiones vinculados al empleo a los que contribuyen tanto la empresa como el empleado, la disposición abarca ambos tipos de aportaciones. Además, la disposición no está restringida a la cuestión de la deducibilidad de las aportaciones, puesto que aborda todos los aspectos del tratamiento tributario de las aportaciones en lo tocante a la persona física que obtiene prestaciones del sistema de previsión. Así, la disposición trata cuestiones como por ejemplo si un empleado debe o no tributar por el beneficio laboral que constituye la aportación de su empleador o si es la persona física la

que está sujeta a imposición por razón del rendimiento de la inversión derivado de las aportaciones. No trata, por contra, de la tributación del fondo de pensiones por razón de su renta (esta cuestión se trata en el párrafo 69 más adelante). Los Estados contratantes que deseen modificar el ámbito de la disposición en relación con cualquiera de estas cuestiones pueden hacerlo en el marco de sus negociaciones bilaterales.

B. Finalidad de la disposición

36. La finalidad de la disposición es procurar que, en la medida de lo posible, las personas físicas no se vean disuadidas de aceptar un trabajo en el extranjero a causa del régimen fiscal aplicable a sus aportaciones a los sistemas de pensiones del país de origen. La disposición pretende, en primer lugar, determinar la equivalencia en términos generales entre los sistemas de pensiones de los dos países y establecer luego los límites de la deducción aplicable a las aportaciones o cotizaciones basándose en los límites definidos por las legislaciones de ambos países.

C. Disposición propuesta

37. Lo que sigue es el texto de la disposición que puede incluirse en los convenios bilaterales para resolver el problema referido anteriormente:

> 1. Las aportaciones realizadas por una persona física que preste sus servicios en un Estado contratante, o por cuenta de ella, a un sistema de pensiones* establecido y admitido a efectos fiscales en el otro Estado contratante, se tratarán en ese Estado, a los efectos de determinar la renta imponible de esa persona física y los beneficios de una empresa que puedan gravarse en ese Estado, de la misma forma, y con sujeción a las mismas condiciones y limitaciones, que las aportaciones efectuadas a un sistema de pensiones admitido a efectos fiscales en ese Estado, siempre que:
>
> *a)* la persona física no fuera residente de ese Estado y participara en dicho sistema de pensiones inmediatamente antes de comenzar la prestación de servicios en ese Estado; y
>
> *b)* la autoridad competente de ese Estado acepte que, en términos generales, ese sistema de pensiones es equiparable a un sistema de pensiones admitido como tal a efectos fiscales por ese Estado.
>
> 2. A los efectos del apartado 1:
>
> *a)* el término "sistema de pensiones" significa un instrumento de previsión en el que la persona física participa para asegurarse prestaciones por jubilación derivadas de los servicios a los que se refiere el apartado 1; y
>
> *b)* un sistema de pensiones se considera admitido a efectos fiscales en un Estado si las aportaciones al mismo dan derecho a una reducción en el impuesto en ese Estado.

38. La disposición anterior está limitada a los sistemas de pensiones públicos o privados de uno de los dos Estados contratantes. Dado que no es extraño que una persona física trabaje en una serie de países de forma consecutiva, algunos Estados pueden estar interesados en extender el ámbito de la disposición con el fin de amparar situaciones en las que una persona física se desplaza de un Estado contratante a otro mientras sigue realizando aportaciones a

* (*N. de la T.:* Por coherencia con lo que se explica en el párrafo 35 anterior, se entenderá que este término comprende los sistemas de previsión para la jubilación públicos y privados.)

un sistema de pensiones de un tercer Estado. Una extensión como esta puede, no obstante, crear dificultades administrativas si el Estado de acogida no pudiera tener acceso a información relativa al sistema de pensiones (por ejemplo, por medio de la disposición sobre intercambio de información de un convenio firmado con ese tercer Estado); también podría crear una situación en la que la desgravación se concediera sin reciprocidad, porque el tercer Estado no tuviera prevista esa desgravación para las personas físicas que realicen aportaciones a los sistemas de pensiones del Estado de acogida. Aquellos Estados que, a pesar de estas dificultades, quieran extender la disposición propuesta a fondos establecidos en terceros Estados lo pueden hacer adoptando una versión alternativa de la disposición propuesta, redactada de acuerdo con lo siguiente:

1. Las aportaciones realizadas por una persona física que preste servicios en un Estado contratante, o por cuenta de ella, a un sistema de pensiones

a) admitido a efectos fiscales en el otro Estado contratante,

b) en el que la persona física estuviera participando inmediatamente antes de comenzar la prestación de servicios en el Estado mencionado en primer lugar,

c) en el que la persona física participara mientras prestaba servicios en el otro Estado o fuera residente del mismo, y

d) que la autoridad competente del Estado mencionado en primer lugar acepte como asimilable, en términos generales, a un sistema de pensiones admitido como tal a efectos fiscales por ese Estado,

se tratarán en ese Estado, a los efectos de

e) determinar el impuesto de esa persona pagadero en el Estado mencionado en primer lugar, y

f) de determinar los beneficios de una empresa que pudieran gravarse en el Estado mencionado en primer lugar,

de la misma forma, y con sujeción a las mismas condiciones y limitaciones, que las aportaciones efectuadas a un sistema de pensiones admitido a efectos fiscales en ese Estado,

2. A los efectos del apartado 1:

a) el término "sistema de pensiones" significa un instrumento de previsión en el que la persona física participa para asegurarse prestaciones por jubilación derivadas de los servicios a los que se refiere el apartado 1; y

b) un sistema de pensiones se considera admitido a efectos fiscales en un Estado si las aportaciones al mismo dan derecho a una reducción en el impuesto en ese Estado.

D. Características de la disposición propuesta

39. Los párrafos siguientes analizan las características principales de la disposición propuesta en el párrafo 37 anterior.

40. El apartado 1 de la disposición propuesta establece las características tanto de las personas físicas como de las aportaciones a las que es aplicable dicha disposición. Asimismo, establece el principio según el cual las aportaciones efectuadas por una persona física que realice un trabajo en uno de los Estados contratantes (Estado de acogida), o que se realicen por cuenta de ella, a un sistema de pensiones concreto del otro Estado contratante (Estado de

origen) deben tratarse a los efectos tributarios del Estado de acogida de la misma forma y con sujeción a las mismas condiciones y limitaciones que afectan a las aportaciones realizadas a los sistemas de pensiones públicos o privados del Estado de acogida.

41. La deducción en el impuesto respecto de las aportaciones a un sistema de pensiones del país de origen en las condiciones referidas puede concederla el país de origen, en tanto que país en el que está situado el sistema de pensiones, o el país de acogida en el que se realizan las actividades económicas que dan lugar al pago de las aportaciones.

42. La solución consistente en la deducción en el país de origen puede no ser efectiva ya que la persona física puede tener muy poca o ninguna renta en ese país. Consideraciones prácticas sugieren, por tanto, la conveniencia de que la deducción se aplique en el país de acogida, y esa es la solución adoptada en la disposición propuesta.

43. En lo referente a las características de la persona física, el apartado 1 aclara que, para obtener la deducción en el impuesto en el país de acogida, no podrá haber sido residente de ese Estado inmediatamente antes de trabajar allí.

44. El apartado 1 no limita, sin embargo, la aplicación de la disposición a las personas físicas que adquieran residencia en el Estado de acogida. En muchos casos, aunque no en todos, quienes trabajan en el extranjero y conservan la residencia del Estado de origen, continúan teniendo derecho a la deducción en ese país. La disposición propuesta es aplicable, por consiguiente, tanto a los no residentes que trabajan en el Estado de acogida como a las personas que adquieren la consideración de residentes del Estado de acogida. La legislación interna de algunos países miembros limita la posibilidad de deducir a las aportaciones efectuadas por residentes, por lo que estos países pueden querer modificar la disposición propuesta en ese sentido. Además, los Estados que apliquen un régimen especial a los no residentes (por ejemplo, la imposición a un tipo impositivo reducido especial) pueden convenir en las negociaciones bilaterales una disposición limitada a los residentes.

45. Teniendo en cuenta que, en algunos casos, las personas físicas pueden dejar de ser residentes del Estado de acogida temporalmente con el fin de participar en un sistema de pensiones de otro país con normas más laxas, algunos Estados pueden considerar la adopción de una disposición particular para evitar ese tipo de abuso. Una de las formas posibles de tal disposición consiste en la exigencia del requisito de nacionalidad, excluyendo de la disposición propuesta a las personas físicas nacionales del Estado de acogida.

46. Como ya se comentó anteriormente, no es inusual que haya personas que se desplacen sucesivamente a distintos países; por este motivo, la disposición propuesta no se limita a quienes son residentes del Estado de origen inmediatamente antes de prestar sus servicios en el Estado de acogida. Comprende también a las personas que llegan al país de acogida desde un tercer país, ya que se limita a exigir que la persona no haya sido residente del Estado de acogida antes de empezar a trabajar en el mismo. Sin embargo, el artículo 1 limita la aplicación del Convenio a los residentes de uno o de ambos Estados contratantes. Una persona física que no sea residente del Estado de acogida ni del Estado de origen en el que está establecido el sistema de pensiones estará, por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación del Convenio entre los dos Estados.

47. La disposición propuesta no impone un límite a la duración del trabajo en el Estado de acogida. Cabe argumentar que, si una persona trabaja en el Estado de acogida durante el

tiempo suficiente, ese Estado se convertirá de hecho en su país de origen y la disposición dejará de ser aplicable. De hecho, algunos países de acogida limitan la deducción las aportaciones a sistemas de pensiones extranjeros a los casos en que los trabajadores que se desplazan estén presentes de forma temporal.

48. Por otra parte, la inclusión de un límite temporal puede ser útil para evitar la posibilidad de abuso señalada en el párrafo 45 anterior. En las negociaciones bilaterales, cada país podrá considerar la conveniencia de incluir un límite al período durante el cual la persona física puede prestar sus servicios en el Estado de acogida, más allá del cual las deducciones concedidas con arreglo a la disposición propuesta dejarán de ser aplicables.

49. El apartado 1 formula varios requisitos en lo referente a las características de las aportaciones y aclara su aplicabilidad exclusiva a las aportaciones realizadas por una persona física, o por cuenta de ella, a sistemas de pensiones establecidos y admitidos a efectos fiscales en el Estado de origen. La locución "admitidos a efectos fiscales" se define más ampliamente en el subapartado 2 *b)* de la disposición propuesta, y no tiene relación con la definición de la expresión "fondo de pensiones reconocido" del subapartado (i) del apartado 1 del artículo 3, por lo que se aplica con independencia de que el instrumento de previsión sea o no un "fondo de pensiones reconocido". La frase "efectuadas por ... o por cuenta de ella" está pensada para abarcar las aportaciones realizadas directamente por la persona física, así como las que se realizan en beneficio de esa persona por su empleador o un tercero (por ejemplo, el cónyuge). Mientras que el apartado 4 del artículo 24 se asegura de que las aportaciones patronales a un fondo de pensiones residente del otro Estado contratante (sea o no porque constituye un "fondo de pensiones reconocido") sean deducibles en las mismas condiciones que las aportaciones a un fondo de pensiones residente, esta disposición puede no ser suficiente para asegurar un trato similar de las aportaciones patronales a fondos de pensiones extranjeros y nacionales. Esto ocurrirá, por ejemplo, si las aportaciones del empleador al fondo extranjero se tratan como una prestación sujeta a gravamen al nivel del empleado o si la deducción de las aportaciones patronales no está condicionada a la residencia del fondo en ese Estado, sino más bien a otros requisitos (por ejemplo, inscripción ante las autoridades fiscales o presencia de oficinas) cuyo efecto, con carácter general, es la exclusión de los fondos de pensiones extranjeros. Por estas razones, las aportaciones del empleador quedan cubiertas por la disposición propuesta, si bien el apartado 4 del artículo 24 ya asegura una deducción similar en algunos casos.

50. El segundo requisito que se aplica a las características de las aportaciones establece que estas deben hacerse a un sistema de pensiones del Estado de origen que la autoridad competente del Estado de acogida acepte como equiparable, en términos generales, a un sistema de pensiones admitido como tal a efectos fiscales por dicho Estado de acogida. Esto presupone que, en los países miembros, solamente tienen derecho a deducción las aportaciones a sistemas de pensiones admitidos. Evidentemente, esta limitación no garantiza necesariamente un tratamiento tributario equivalente de las aportaciones realizadas mientras una persona física trabajaba en el extranjero y las pagadas mientras trabajaba en el país de origen. Si las normas aplicables para admitir un sistema de pensiones en el Estado de acogida son más estrictas que las del Estado de origen, el trabajador puede encontrarse con que las aportaciones a su sistema de pensiones del país de origen, efectuadas durante el trabajo en el país de acogida, se tratan menos favorablemente que las efectuadas durante su trabajo en el país de origen.

51. Sin embargo, admitir la deducción de aportaciones que no sean equiparables, al menos en un sentido amplio, a las de los sistemas admitidos a nivel nacional, no sería conforme con el objetivo declarado de garantizar, en la medida de lo posible, un tratamiento tributario equivalente de las aportaciones a sistemas de pensiones extranjeros. Eso significaría que la cuantía de la deducción en el Estado de acogida dependería de la legislación del Estado de origen. Además, sería difícil justificar que unas personas que trabajan juntas reciban un tratamiento diferente en función de que participen en un sistema de pensiones de su país de origen o del país extranjero (y, en el caso de sistemas de pensiones extranjeros, según el país de que se trate). Tales dificultades pueden evitarse limitando el ámbito de la disposición propuesta a los sistemas que sean equiparables, en términos generales, a los del Estado de acogida.

52. La disposición propuesta aclara que incumbe a las autoridades competentes del Estado de acogida determinar si el sistema del Estado de origen es equiparable, en términos generales, a los sistemas admitidos en el Estado de acogida. Cada Estado puede tener interés en especificar explícitamente, durante las negociaciones bilaterales, a qué sistemas de pensiones ya existentes resulta aplicable la disposición o decidir cómo interpretarán las autoridades competentes la expresión "equiparables en términos generales"; por ejemplo, el alcance de la interpretación y los requisitos que van a aplicarse.

53. Las aportaciones cubiertas por la disposición se limitan a los pagos efectuados a sistemas de pensiones en los que la persona venía participando antes de comenzar a prestar servicios en el Estado de acogida. Esto significa que las aportaciones a los nuevos instrumentos de previsión a los que se adhiera la persona durante su estancia en el Estado de acogida están excluidas de la disposición propuesta.

54. Se admite, sin embargo, que pueden ser necesarias reglas especiales para los casos en que unos instrumentos de previsión se sustituyen por otros. Por ejemplo, en algunos países miembros puede ser práctica habitual, en los casos de absorción de la sociedad empleadora por otra, disolver el instrumento de previsión empresarial y que el nuevo empleador promueva otro. Por consiguiente, en el marco de las negociaciones bilaterales, cada Estado puede complementar la disposición para incluir los sistemas que sustituyan a los preexistentes; esto podría conseguirse añadiendo el siguiente subapartado al apartado 2 de la disposición propuesta:

> *c)* Se considerará que un sistema de pensiones que sustituya a otro sistema aceptado por la autoridad competente de un Estado contratante de acuerdo con el subapartado *b)* del apartado 1, pero que sea sustancialmente similar a este último, sigue siendo el sistema de pensiones inicialmente aceptado.

55. El apartado 1 también establece los términos de la deducción que debe conceder el Estado de acogida en el caso de que el trabajador y las aportaciones respondan a los términos de la disposición. En resumen, las aportaciones deben tratarse a efectos fiscales como se tratarían si esas aportaciones lo fueran a un sistema establecido en el Estado de acogida. Por tanto, esas aportaciones generan el derecho, tanto para la persona física como para el empleador (cuando la persona física realiza un trabajo por cuenta ajena y el empleador hace las aportaciones), al mismo beneficio fiscal (por ejemplo, la deducción) que correspondería si esas aportaciones se hubieran hecho a un sistema de pensiones del Estado de acogida. Del mismo modo, se tiene que conceder el mismo tratamiento con relación a la tributación exigi-

da al empleado por razón del beneficio laboral que obtiene por la aportación que realiza el empleador al sistema de pensiones extranjero o nacional (véase el párrafo 58 siguiente).

56. Evidentemente, esta forma de aplicar el beneficio fiscal no garantiza necesariamente un tratamiento tributario equivalente de las aportaciones efectuadas durante el desplazamiento en el extranjero y de aquellas efectuadas durante el trabajo en el país de origen. Son aplicables aquí consideraciones similares a las que se hacen en los párrafos 50 y 51 anteriores. Sin embargo, la medida sí garantiza, un tratamiento equivalente de las aportaciones efectuadas por quienes son compañeros de trabajo. En ese sentido, se propone el siguiente ejemplo. El país de origen admite la deducción de las aportaciones a un sistema de pensiones con el límite del 18 por ciento de la renta. El país de acogida admite la deducción de hasta el 20 por ciento. Con arreglo a la disposición propuesta en el párrafo 37, el país de acogida deberá aplicar la deducción hasta el límite del 20 por ciento previsto en su legislación interna. Los países que deseen aplicar el límite del país de origen deberán modificar la redacción de la disposición a ese efecto.

57. La cuantía y el método para aplicar el beneficio fiscal dependerán del tratamiento tributario de las aportaciones para pensiones según la legislación del Estado de acogida. Quedarán resueltas de esa forma cuestiones como, por ejemplo, si el beneficio es aplicable a la totalidad o solo a parte de las aportaciones, o su configuración como deducción al determinar la renta imponible (y, en ese caso, de qué renta: por ejemplo, en el caso de una persona física, únicamente la del trabajo por cuenta ajena o la del ejercicio de actividades económicas, o la del total de la renta) o como deducción en la cuota.

58. Para una persona física que partícipe de un sistema de previsión vinculado a empleo su desplazamiento para trabajar en el extranjero puede no solo significar la pérdida del beneficio fiscal correspondiente a sus aportaciones a un instrumento de previsión en su país de origen, sino que puede significar, además, que las aportaciones del empleador a ese instrumento se consideren como renta del empleado a efectos fiscales. En algunos países miembros, los empleados que trabajan en su país de origen se someten a imposición respecto de las aportaciones del empleador a sistemas de pensiones nacionales, mientras que en otros países dichas aportaciones están exentas. Desde el momento en que resulta aplicable tanto a las aportaciones de empleados como de empleadores, la disposición propuesta garantiza que las aportaciones del empleador, por lo que se refiere a las obligaciones tributarias del empleado, reciben el mismo tratamiento que el que recibirían las aportaciones realizadas a sistemas nacionales.

59. El subapartado 2 *a)* define los sistemas de pensiones a los efectos del apartado 1. Se precisa que, a dichos efectos, un sistema de pensiones es un instrumento de previsión al que la persona física realiza aportaciones para asegurarse prestaciones por jubilación. La obligación de pagar esas aportaciones debe nacer del trabajo realizado en el Estado de acogida. El sistema de pensiones debe cumplir todas las condiciones referidas anteriormente para que pueda obtenerse el beneficio fiscal al amparo de la disposición propuesta.

60. El subapartado 2 *a)* se refiere a la participación de la persona física en el sistema de pensiones para asegurarse las prestaciones por jubilación. La definición pretende asegurar que la parte de las aportaciones efectuadas para obtener beneficios distintos de pagos periódicos tras la jubilación, por ejemplo, el pago de una cantidad total en el momento de la jubilación, puedan beneficiarse igualmente del beneficio fiscal al amparo de la disposición.

61. El sistema de pensiones se define en primer lugar como “un instrumento de previsión”. Se trata de un término muy amplio con el que se pretende cubrir las diversas formas que pueden adoptar los sistemas de pensiones (ya sean regímenes de seguridad social, planes vinculados al empleo o individuales) en los distintos países miembros.

62. Aunque el subapartado 2 *a)* establece que la participación en dicho sistema corresponde a la persona física que preste los servicios referidos en el apartado 1, no se hace mención alguna a la identidad del perceptor de las prestaciones por jubilación garantizadas por la participación en el sistema de pensiones. Con ello se pretende que puedan beneficiarse de la deducción, al amparo de la disposición propuesta, las aportaciones destinadas a generar una pensión para otros beneficiarios (por ejemplo, cónyuges supérstites, pareja o hijos).

63. La definición de sistemas de pensiones no hace distinción entre las pensiones pagadas por sistemas de previsión para la jubilación vinculados al empleo y gestionados públicamente y los planes similares gestionados por entidades privadas: ambos están comprendidos en el ámbito de la disposición. Por tanto, el sistema público de pensiones (seguridad social) está comprendido en la disposición en la medida en que se puede considerar que las cotizaciones a ese régimen pueden considerarse satisfechas por razón de servicios prestados en el Estado de acogida por una persona física, ya sea por un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

64. El subapartado 2 *b)* aclara asimismo el sentido de la expresión “admitido a efectos fiscales”. Dado que la disposición pretende, en la medida de lo posible, asegurar que las aportaciones reciben un tratamiento fiscal que no sea ni más ni menos favorable que el que tendrían si la persona física residiera en su Estado de origen, es justo limitar el alcance de la disposición a las aportaciones que hubieran dado derecho al beneficio fiscal si la persona hubiera permanecido en el Estado de origen. La disposición pretende conseguir ese resultado limitando su ámbito de aplicación a las aportaciones realizadas a un sistema de pensiones en la medida en que den derecho a deducción en ese Estado. Como ya se explicó en el párrafo 49 anterior, el hecho de que un sistema de pensiones se admita o no a efectos fiscales es independiente de la cuestión de si dicho sistema de pensiones constituye un “fondo de pensiones reconocido”, en el sentido de la definición dada a este término en el artículo 3, apartado 1, subapartado (*i*).

65. Este método para asegurar la igualdad de trato supone que, en todos los países miembros, solamente tienen derecho al beneficio fiscal las aportaciones a sistemas de pensiones reconocidos. El tratamiento tributario de las aportaciones a sistemas de pensiones en los países miembros puede apartarse de esta hipótesis. Se admite por ello que cada país pueda, en las negociaciones bilaterales, ahondar en la definición de los sistemas de pensiones que generan el derecho al beneficio fiscal en unos términos que se adecuen a las respectivas legislaciones internas de los Estados contratantes. Pueden también querer definir otros términos empleados en la disposición, tales como “preste servicios”.

Obstáculos de naturaleza tributaria a la transferibilidad de los derechos de pensiones

66. Otra cuestión, también relacionada con la movilidad internacional de los trabajadores, es la de las consecuencias fiscales que pueden derivarse de la transferencia de los derechos de pensión desde un sistema de pensiones de un Estado contratante a otro de otro Estado

contratante. En un sistema de capitalización, cuando una persona física cambia de empleador, es frecuente que los derechos de pensión que la persona ha consolidado por razón del sistema de previsión correspondiente al primer empleo se transfieran a otro promovido en el segundo empleo. Pueden existir acuerdos similares para la transferencia de derechos de pensión entre planes de capitalización individual.

67. Estas transferencias producen habitualmente un pago que equivale al valor actuarial, en el momento de la transferencia, de los derechos de pensión de la persona física, o que vienen a representar el valor de las aportaciones y las ganancias acumuladas en el sistema de previsión por esa persona. Estos pagos pueden hacerse directamente desde el primer sistema de previsión al segundo; alternativamente, pueden hacerse requiriendo a la persona que aporte al nuevo sistema todo o parte del monto recibido en el momento de retirarse del anterior. En ambos casos es frecuente que los sistemas tributarios permitan que estas transferencias queden exentas si se hacen dentro de las fronteras del país.

68. Sin embargo, pueden surgir problemas cundo la transferencia se haga desde un sistema de pensiones de un Estado contratante a otro del otro Estado contratante. En tal caso, el Estado contratante donde reside la persona física puede considerar que el pago que se produce en el momento de la transferencia es un beneficio gravable. Un problema similar se produce cuando el pago se efectúa con cargo a un sistema de pensiones de un Estado al que el convenio aplicable otorgue derecho de tributación en fuente sobre las pensiones que de él se deriven, dado que el Estado en cuestión puede querer aplicar ese derecho sobre cualquier beneficio derivado de ese sistema. Los Estados contratantes que deseen solucionar esta cuestión pueden incluir una disposición en términos parecidos a la siguiente:

> Cuando los derechos de pensión o los importes acumulados en un sistema de pensiones establecido y admitido a efectos fiscales en un Estado contratante, en beneficio de una persona física residente del otro Estado contratante, toda transferencia de esas cantidades o derechos a un sistema de previsión para la jubilación establecido y admitido a efectos fiscales en el otro Estado tendrá el mismo tratamiento fiscal y estará sometido a las mismas condiciones y limitaciones que hubieran operado de haberse efectuado desde un sistema de pensiones establecido y admitido a efectos fiscales en ese Estado hacia otro sistema de pensiones establecido y admitido a efectos fiscales en el mismo Estado.

La disposición anterior puede modificarse para cubrir también las transferencias desde o hacia fondos de pensiones establecidos y admitidos en terceros Estados (esto, no obstante, puede generar dificultades similares a las ya descritas en el preámbulo del párrafo 38 anterior).

Exención de la renta de un fondo de pensiones

69. Cuando dos Estados apliquen en su legislación interna el mismo enfoque, consistente en dejar exentas las rentas procedentes de inversiones de fondos de pensiones establecidos en su territorio, estos Estados, para alcanzar una mayor neutralidad con respecto a la localización del capital, quizá deseen extender la exención a las rentas de inversión que un fondo de pensiones establecido en un Estado obtenga del otro Estado. A tal fin, los Estados incluyen alguna vez en sus convenios una disposición en consonancia con lo siguiente:

> No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, las rentas procedentes de un Estado contratante obtenidas por un residente del otro Estado contratante que se haya creado y se explote a los solos efectos de administrar o proporcionar prestaciones de jubilación y que la autoridad competente

del Estado mencionado en primer lugar reconozca como equiparable a un sistema de pensiones admitido como tal a efectos fiscales por ese Estado, estarán exentas de imposición en ese Estado.

Como se explica en los párrafos 10.7 y 10.8 de los Comentarios al artículo 3, los Estados pueden preferir modificar esta disposición de forma que simplemente haga referencia a las rentas de un "fondo de pensiones reconocido".

Observaciones a los Comentarios

70. Con relación a los párrafos 24 y 26, los *Países Bajos* son de la opinión de que los pagos provenientes de la seguridad social pueden caer, en determinadas circunstancias, en el ámbito del artículo 15 si se pagan mientras persiste la condición de empleado.

71. En relación con el párrafo 24, *Alemania* considera que cuando el importe de una pensión del sistema público de pensiones se determina en función de las cotizaciones del empleado, esa pensión no puede considerarse cubierta por el artículo 18.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 19
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LAS RETRIBUCIONES POR FUNCIÓN PÚBLICA

1. El artículo es aplicable a los sueldos, salarios y otras retribuciones análogas, así como a las pensiones, percibidos por la prestación de servicios en la función pública. Las disposiciones similares contenidas en antiguos convenios bilaterales tenían como finalidad satisfacer las reglas de la cortesía internacional y el respeto mutuo entre Estados soberanos. Su ámbito de aplicación era, por consiguiente, bastante limitado. Sin embargo, la importancia y el alcance del artículo 19 se han incrementado dado que, con el crecimiento que el sector público ha experimentado en muchos países, las actividades del Estado en el extranjero han aumentado considerablemente. Según el texto original del apartado 1 del artículo 19 del Proyecto de Convenio de 1963, el Estado pagador tenía derecho a gravar los pagos efectuados por razón de servicios prestados a dicho Estado o a una de sus subdivisiones políticas o de sus entidades locales. Se utilizaba la expresión "pueden someterse a imposición", lo que no suponía un derecho de gravamen exclusivo.

2. En el Modelo de Convenio de 1977 el apartado 1 se escindió en dos apartados: un apartado 1 relativo a los sueldos, salarios y otras retribuciones análogas distintas de las pensiones; y un apartado 2, relativo a las pensiones. Contrariamente a la disposición original, los subapartados *a*) de los apartados 1 y 2 se basan en el principio de que el Estado pagador tendrá el derecho exclusivo a gravar tales retribuciones. Los países que aplican en sus convenios, con carácter general, el método de crédito para eliminar la doble imposición, quedan obligados, como excepción a dicho método, a exonerar de su imposición las rentas contempladas en los apartados 1 y 2 obtenidas por sus residentes. En el caso de que ambos Estados contratantes apliquen el método de exención para eliminar la doble imposición, podrán continuar utilizando la expresión "pueden someterse a imposición" en lugar de "serán gravables exclusivamente". Para estos países, los efectos serán evidentemente los mismos cualquiera que sea la expresión utilizada. Ha de entenderse que la expresión "serán gravables exclusivamente" no impedirá que los Estados contratantes tomen en consideración las rentas exentas con arreglo al subapartado *a)* de los apartados 1 y 2 para determinar los tipos impositivos aplicables a las rentas que sus residentes obtengan de otras fuentes. El principio que atribuye el derecho exclusivo de imposición al Estado pagador se ha incluido en un número tan elevado de convenios vigentes entre países miembros de la OCDE que puede considerarse internacionalmente aceptado. Dicho principio es, asimismo, conforme con el concepto de cortesía internacional que inspira el artículo, así como con las disposiciones de los Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares. Es preciso señalar, no obstante, que el artículo no pretende restringir la aplicación de las normas de derecho internacional en el caso de las misiones diplomáticas y los puestos consulares (véase el artículo 28), sino que se refiere a los casos no comprendidos en el ámbito de tales normas.

2.1. En 1994 se efectuó una nueva modificación del apartado 1 al reemplazar el término "retribución" por la expresión "sueldos, salarios y otras retribuciones análogas". Con esa modificación se trataba de aclarar el ámbito de aplicación del artículo, que solo es aplicable a los empleados públicos y a las personas que perciben pensiones por servicios prestados con anterioridad en la función pública, y no a las personas que presten servicios personales de carácter independiente a un Estado o perciban pensiones en relación con tales servicios.

2.2. En términos generales, los países miembros han entendido que la expresión "sueldos, salarios y otras retribuciones análogas pagadas" comprende las retribuciones en especie percibidas por razón de servicios prestados a un Estado o a una de sus subdivisiones políticas o de sus entidades locales (por ejemplo, el uso de una vivienda o automóvil, seguros médicos o de vida y pertenencia a asociaciones recreativas).

3. Las disposiciones del artículo son aplicables no solo a los pagos efectuados por los Estados sino también a los efectuados por sus subdivisiones políticas y entidades locales (Estados federados, regiones, provincias, *départements*, cantones, distritos, *arrondissements*, *Kreise*, municipios o agrupaciones de municipios, etc.).

4. El subapartado *b)* del apartado 1 establece una excepción al principio que atribuye el derecho exclusivo de imposición al Estado pagador. Esa excepción debe considerarse teniendo en cuenta que, conforme a los Convenios de Viena antes mencionados, el Estado de acogida puede gravar las retribuciones pagadas a determinadas categorías del personal de las misiones diplomáticas y puestos consulares extranjeros cuando tengan la residencia permanente o la nacionalidad de ese Estado. Dado que las pensiones pagadas a los funcionarios jubilados deben tratarse tributariamente de la misma forma que los sueldos o salarios pagados a dichos empleados cuando estaban en activo, el apartado 2 relativo a las pensiones establece en su letra *b)* una excepción análoga a la del subapartado *b)* del apartado 1. Como la condición establecida en la letra (ii) del subapartado *b)* del apartado 1 no es válida en el caso de los jubilados, el único requisito exigido para que el Estado de acogida pueda gravar la pensión es que el pensionista tiene que ser residente y nacional de ese Estado.

5. Con arreglo al artículo 19 del Proyecto de Convenio de 1963, los servicios prestados al Estado o a una subdivisión política o entidad local, debían serlo "en el ejercicio de funciones de carácter público". Esa expresión se suprimió en el Modelo de Convenio de 1977. Algunos países miembros de la OCDE consideraron, sin embargo, que la exclusión conduciría a una ampliación del campo de aplicación del artículo. Los Estados contratantes que defiendan esa opinión y estimen que tal ampliación es indeseable, podrán continuar utilizando –a poder ser precisándola– la expresión "en el ejercicio de funciones de carácter público" en sus convenios bilaterales.

5.1. Mientras que el sentido usual de la palabra "pensión" solo comprende pagos periódicos, la expresión "otras retribuciones análogas", que se añadió al apartado 2 en 2005, es lo suficientemente amplia como para cubrir pagos no periódicos. Por ejemplo, una cantidad total pagada al que fuera un empleado del Estado en el momento del cese de la prestación de sus servicios, o con posterioridad a él, en lugar del pago periódico de su pensión, puede estar incluida en el ámbito del apartado 2 de este artículo. El que se deba considerar un pago total concreto efectuado en estas circunstancias como otra retribución análoga a una pensión, comprendido en el apartado 2, o como un pago final por el trabajo ejercido, comprendido en el apartado 1, es una cuestión de hecho que puede resolverse a la luz de los elementos expuestos en el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 18.

5.2. Debe señalarse que la expresión "con cargo a fondos constituidos" en el subapartado *a)* del apartado 2 abarca aquella situación en la que ni el Estado ni sus subdivisiones políticas o entidades locales pagan directamente la pensión, sino que lo hace un fondo separado constituido por una entidad gubernamental. Además, el capital inicial del fondo no tiene que haber sido satisfecho por el Estado o sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta locución

cubrirá los pagos procedentes de un fondo administrado de forma privada, establecido por la entidad gubernamental.

5.3. Se plantea una duda cuando las pensiones se pagan por una combinación de servicios públicos y privados. Esta cuestión se planteará con frecuencia cuando una persona haya estado empleada en los sectores privado y público y reciba una sola pensión por los dos períodos de empleo. Esto puede ocurrir tanto porque la persona haya participado en el mismo sistema de pensiones durante toda la duración del empleo como porque los derechos consolidados de percepción de pensión fueran transferibles. Esta cuestión cobrará más importancia cuanto mayor sea la tendencia a la movilidad entre los sectores público y privado.

5.4. Cuando un funcionario que ha prestado servicios a un Estado haya transferido su derecho a pensión desde un sistema público de pensiones a un sistema de previsión para la jubilación privado, los pagos en concepto de pensión se gravarán exclusivamente en virtud del artículo 18 porque ese pago no satisfará el requisito técnico del subapartado *a)* del apartado 2.

5.5. Cuando la transferencia se haga en sentido opuesto y los derechos de pensión se transfieren de un sistema de previsión privado a un sistema público, algunos Estados gravan la totalidad de los pagos por pensiones de acuerdo con el artículo 19. Otros Estados, por contra, prorratean los pagos por pensiones en función de la fuente que ha generado el derecho a la pensión, de modo que una parte se grava de acuerdo con el artículo 18 y otra de acuerdo con el artículo 19. A este respecto, algunos Estados consideran que si una de las fuentes ha proporcionado, con diferencia, el importe principal de la pensión, esta deberá tratarse como si se hubiera originado exclusivamente en esa fuente. No obstante, es obvio que el prorrateo plantea frecuentemente importantes dificultades administrativas.

5.6. A los Estados contratantes les puede preocupar que se pierdan ingresos o se dé una doble no imposición si se modifica el tratamiento fiscal de las pensiones como consecuencia de la transferencia de fondos desde un sistema público a uno privado. El prorrateo puede contrarrestarlo; ahora bien, para permitir que el prorrateo pueda aplicarse a los derechos de pensión que se transfieren de un sistema público a un sistema privado, los Estados contratantes pueden valorar la extensión del subapartado *a)* del apartado 2 en sus negociaciones bilaterales, con el fin de cubrir la parte de toda pensión o retribución análoga que se paga en concepto de servicios prestados a un Estado contratante, subdivisión política o entidad local. Una disposición de esta naturaleza podría redactarse como sigue:

> 2. *a)* No obstante lo dispuesto en el apartado 1, la parte de cualquier pensión o retribución análoga pagada por los servicios prestados a un Estado contratante, una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, será gravable exclusivamente en ese Estado.

Alternativamente, los Estados contratantes pueden abordar el problema sometiendo todas las pensiones a un tratamiento común.

6. Los apartados 1 y 2 del artículo no son aplicables si los servicios se prestan en relación con una actividad económica realizada por el Estado, o por una de sus subdivisiones políticas o de sus entidades locales, que paga los sueldos, los salarios, las pensiones u otras retribuciones análogas. En tales casos, serán aplicables las reglas generales: el artículo 15, a los sueldos y salarios; el artículo 16, a los honorarios de consejeros y otras retribuciones análogas; el artículo 17, a los artistas y deportistas y el artículo 18, a las pensiones. Los Estados contratantes que, por razones particulares, no deseen incluir el apartado 3 en sus convenios bilaterales son libres de

hacerlo, con lo que los apartados 1 y 2 serán también aplicables a los servicios prestados en relación con una actividad económica. Dadas las funciones específicas ejercidas por determinados organismos o entidades públicos, como los ferrocarriles del Estado, los servicios postales, teatros nacionales, etc., los Estados contratantes que deseen mantener el apartado 3 pueden acordar, en sus convenios bilaterales, la aplicación de las disposiciones de los apartados 1 y 2 a los sueldos, los salarios y a las pensiones y otras retribuciones análogas, pagados por dichos organismos o entidades, aun cuando pueda considerarse que los mismos realizan actividades económicas.

Observación al artículo

7. Los *Países Bajos* no se adhieren a la interpretación dada en los párrafos 5.4 y 5.6. El prorrateo de los pagos de pensiones en función de la fuente que ha generado el derecho a su percepción, empleo privado o público, es también posible, desde el punto de vista de los Países Bajos, si los derechos de pensión se transfieren desde un sistema de pensiones público a un sistema privado.

Reservas al artículo

8. *Alemania* se reserva el derecho a incluir una disposición conforme a la que los servicios prestados a ciertas instituciones de derecho privado que sirven a fines públicos y que están financiadas por presupuestos públicos, por ejemplo el Instituto Geothe o el Servicio Alemán de Intercambio Académico, así como las retribuciones pagadas a un especialista o voluntario trasladado al otro Estado contratante en virtud de un programa de ayuda al desarrollo, se consideren como función pública y queden incluidos en el ámbito del artículo 19.

9. *Estados Unidos* se reserva el derecho a modificar el texto del artículo para indicar que su aplicación no está limitada por el artículo 1.

10. [Suprimido.]

11. *Francia* se reserva el derecho a precisar en sus convenios que los sueldos, salarios y otras retribuciones análogas pagados por un Estado contratante, o por una de sus subdivisiones políticas o de sus entidades locales, a una persona física que sea nacional de ambos Estados contratantes, por razón de servicios prestados al Estado, subdivisión o entidad pagador, serán gravables exclusivamente en ese Estado. Además, Francia formula una reserva respecto de la letra (*ii*) del subapartado *b)* del apartado 1, dadas las dificultades que plantea esa disposición.

12. [Suprimido.]

13. *Francia* considera que el ámbito de aplicación del artículo 19 debe comprender:

— las retribuciones pagadas por personas jurídicas de derecho público del Estado o de sus subdivisiones políticas o entidades locales, ya que la identidad del pagador es menos significativa que el carácter público de las rentas;

— las retribuciones de artistas o deportistas pagadas por la Administración Pública conforme a la redacción del Modelo anterior a 1995 (sin que se les aplique el criterio de actividad económica por ser escasamente relevante en estos casos), salvo que el artículo 17 contenga una disposición en los términos propuestos en el párrafo 14 de los Comentarios a dicho artículo.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 20
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LOS ESTUDIANTES

1. La norma establecida en el artículo se refiere a ciertos pagos percibidos por estudiantes o personas en prácticas para cubrir sus gastos de mantenimiento, estudios o formación. Todos los pagos de ese carácter percibidos de fuentes situadas fuera del Estado donde permanezca el estudiante o la persona en prácticas estarán exentos de impuestos en ese Estado.

2. La palabra "inmediatamente" se añadió en el Modelo de Convenio de 1977 para aclarar que el artículo no es aplicable a una persona que, si bien fue residente de un Estado contratante en cierto período, posteriormente trasladó su residencia a un tercer Estado antes de visitar el otro Estado contratante.

3 El artículo tan solo alcanza los pagos recibidos para cubrir los gastos de mantenimiento, estudios o formación del perceptor. No se aplica, por tanto, a un pago o cualquier fracción del mismo en concepto de retribución por servicios prestados por el perceptor, que entren en el ámbito del artículo 15 (o del artículo 7 en el caso de servicios por cuenta propia). Sin embargo, cuando la formación del perceptor conlleve una experiencia laboral, resulta necesario distinguir entre un pago por servicios y un pago para el mantenimiento, los estudios o la formación del perceptor. El hecho de que el importe pagado sea similar al pagado a personas que prestan servicios similares, sin ser estudiantes o personas en prácticas, será indicativo de que el pago es una retribución por servicios. Además, los pagos para cubrir el mantenimiento, los estudios o la formación no deberán exceder el nivel de gastos en los que previsiblemente vaya a incurrir el perceptor a tales efectos.

4 El artículo se aplica únicamente a los pagos procedentes de fuentes situadas fuera del Estado en el que se encuentre el estudiante o persona en prácticas exclusivamente a los efectos de sus estudios o formación. Los pagos procedentes de fuentes situadas en ese Estado están cubiertos por otros artículos del Convenio: si por ejemplo, durante su estancia en el Estado mencionado en primer lugar, el estudiante o persona en prácticas sigue siendo residente del otro Estado conforme al artículo 4, los pagos percibidos, por ejemplo en concepto de becas, no recogidos en el ámbito de otras disposiciones del Convenio (como el artículo 15), serán gravables exclusivamente en su Estado de residencia conforme al apartado 1 del artículo 21. A los efectos de este artículo, los pagos efectuados directamente o por cuenta de un residente de un Estado contratante, o con cargo a un establecimiento permanente que una persona tenga en ese Estado, no se consideran procedentes de fuentes situadas fuera de ese Estado.

Reservas al artículo

5. *Estonia* y *Letonia* se reservan el derecho a modificar el artículo de forma que haga referencia a aprendices o personas en prácticas.

6. *Japón* se reserva el derecho a limitar a un año la exención prevista para las personas en prácticas.

7. *Estados Unidos* se reserva el derecho a conceder una exención limitada del impuesto respecto de las rentas percibidas por estudiantes y personas en prácticas por razón de servicios prestados, así como una definición del término "persona en prácticas".

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 21
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE OTRAS RENTAS

1. Este artículo establece una regla general aplicable a las rentas no tratadas en los artículos precedentes del Convenio. Las rentas consideradas son no solo las pertenecientes a categorías que no se contemplan expresamente, sino también las derivadas de fuentes no mencionadas expresamente. El ámbito del artículo no se restringe a las rentas que tienen su fuente en un Estado contratante; se extiende también a las rentas procedentes de Estados terceros. Cuando, por ejemplo, se determine que una persona que pudiera considerare residente de dos Estados contratantes en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 4, lo es solo de uno de ellos en aplicación de los apartados 2 o 3 de ese mismo artículo 4, este artículo 21 impedirá al otro Estado gravar a esa persona respecto de la renta procedente de terceros Estados, incluso si fuera residente de este otro Estado a los efectos de su legislación interna (véase también el párrafo 8.2 de los Comentarios al artículo 4 en relación con las consecuencias de los apartados 2 y 3 del artículo 4, a los efectos de los convenios firmados entre este otro Estado y terceros Estados).

Apartado 1

2. Con arreglo a este apartado el derecho exclusivo de imposición corresponde al Estado de residencia. En caso de conflicto entre dos residencias, el artículo 4 determinará también las potestades tributarias respecto de rentas procedentes de un tercer Estado.

3. La regla establecida en este apartado es aplicable con independencia de que el Estado de residencia ejerza o no el derecho a gravar y, en consecuencia, cuando las rentas procedan del otro Estado contratante, ese Estado no podrá gravarlas incluso aunque las rentas no se hayan gravado en el Estado mencionado en primer lugar. De igual modo, cuando se trate de rentas procedentes de un tercer Estado y ambos Estados contratantes consideren como residente a su perceptor con arreglo a sus respectivas legislaciones internas, la aplicación del artículo 4 determinará que el perceptor se considere residente de solo uno de los Estados contratantes y se someta a imposición global (sujeción plena al impuesto) solo en ese Estado. En tal caso, el otro Estado contratante no podrá gravar las rentas procedentes del tercer Estado incluso si el perceptor no tributa en el Estado del que se le considere residente conforme al artículo 4. Con el fin de evitar que las rentas eludan toda imposición, los Estados contratantes podrán convenir la limitación del ámbito del artículo a las rentas sometidas a imposición en el Estado contratante de residencia del perceptor, y modificar consecuentemente las disposiciones del apartado. De hecho, esta cuestión es simplemente un aspecto particular del problema general tratado en los párrafos 34 y 35 de los Comentarios al artículo 23 A.

Apartado 2

4. Este apartado establece una excepción a las disposiciones del apartado 1 en lo relativo a las rentas relacionadas con la actividad de un establecimiento permanente que un residente de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante. El apartado comprende las rentas procedentes de terceros Estados. En tal caso, se reconoce un derecho de imposición al Estado contratante en que esté situado el establecimiento permanente. El apartado 2 no es aplicable a los bienes inmuebles, respecto de los que el Estado en el que están situados tiene

un derecho preferente de imposición con arreglo al apartado 4 del artículo 6 (véanse los párrafos 3 y 4 de los Comentarios al artículo 6). Por tanto, los bienes inmuebles situados en un Estado contratante y que formen parte del activo de un establecimiento permanente de una empresa de ese Estado situado en el otro Estado contratante, serán gravables exclusivamente en el Estado mencionado en primer lugar, en el que están situados los bienes y del que es residente el perceptor de las rentas. Esto es coherente con las normas establecidas en los artículos 13 y 22 relativos a los bienes inmuebles, ya que el apartado 2 de esos artículos se aplica únicamente a los bienes muebles de un establecimiento permanente.

5. El apartado abarca también los casos no tratados en los artículos precedentes del Convenio en los que el beneficiario y el pagador de las rentas son residentes del mismo Estado contratante, y las rentas se atribuyen a un establecimiento permanente que el beneficiario de las rentas tenga en el otro Estado contratante. En tal caso, se reconoce el derecho de imposición del Estado contratante en que esté situado el establecimiento permanente. Cuando exista doble imposición, el Estado de residencia deberá eliminarla conforme a las disposiciones del artículo 23 A o 23 B (véase el párrafo 9 de los Comentarios a esos artículos).

5.1. A los efectos de este apartado, un derecho o bien respecto de los que se pague una renta, estará vinculado efectivamente a un establecimiento permanente si la propiedad "económica" de ese derecho o bien se asigna a ese establecimiento permanente de acuerdo con los principios desarrollados en el informe del Comité titulado *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*[1] (véanse en particular los párrafos 72 a 97 de la Parte I del Informe) a los efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. En el contexto de ese apartado, la propiedad "económica" de un derecho o bien tiene un significado equivalente a la propiedad por una entidad independiente a los efectos del impuesto sobre la renta, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a la renta atribuible a la propiedad del derecho o bien, el derecho a las amortizaciones que puedan aplicarse, y a la potencialidad de ganancias o pérdidas derivadas del incremento o reducción del valor de ese derecho o propiedad).

5.2. En el caso de un establecimiento permanente de una empresa que desarrolle actividades de seguros, la determinación de si el derecho o bien está vinculado efectivamente al establecimiento permanente se hará siguiendo las pautas contenidas en la Parte IV del Informe del Comité respecto de si la renta o la ganancia procedentes de dicho derecho o bien se tienen en cuenta para determinar el rendimiento obtenido por el establecimiento permanente del importe de los activos de inversión que se le hayan atribuido (véanse en concreto los párrafos 165 a 170 de la Parte IV). Al tratarse de unas pautas generales, las autoridades fiscales deben considerar la aplicación de un criterio pragmático y flexible que tenga en cuenta la aplicación coherente y razonable de esas pautas por parte de la empresa a los efectos de identificar los activos concretos vinculados efectivamente al establecimiento permanente.

6. Algunos Estados que aplican el método de exención (artículo 23 A) pueden estar en lo cierto al sospechar que el régimen previsto en el apartado 2 puede inducir a las empresas de un Estado contratante a afectar activos, tales como acciones, obligaciones o patentes, a un establecimiento permanente situado en el otro Estado contratante a fin de obtener en él un trato fiscal más favorable. Aparte el hecho de que el apartado 9 del artículo 29 impide la apli-

[1] *Atribución de Beneficios a los establecimientos permanentes*, OCDE, París, 2010.

cación de los beneficios del artículo 23 A en el caso de instrumentos concertados a tal fin, es importante señalar que el requisito de que dichos activos estén "vinculados efectivamente" a ese establecimiento permanente implica algo más que el mero registro de los activos en los libros contables del establecimiento permanente (véanse los párrafos 5.1 y 5.2 más arriba).

7. Algunos países han encontrado dificultades en lo que se refiere a las rentas generadas por determinados instrumentos financieros no tradicionales cuando existen relaciones especiales entre las partes. Tales países pueden estar interesados en incluir el siguiente apartado en el artículo 21:

> 3. Cuando, por razón de las relaciones especiales que la persona referida en el apartado 1 y otra persona mantengan entre sí, o de las que ambas mantengan con terceros, la cuantía de las rentas a que se refiere el apartado 1 exceda de la que, en su caso, estas hubieran convenido en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a esta última cuantía. En tal caso, la parte de las rentas en exceso será gravable conforme a la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

La inclusión de este párrafo adicional no debe tener consecuencias sobre el tratamiento de las operaciones financieras innovadoras entre personas independientes o en virtud de otras disposiciones del Convenio.

8. Este apartado limita la aplicación de las disposiciones relativas a la tributación de las rentas no contempladas en otros artículos de la misma forma que el apartado 6 del artículo 11 limita la aplicación de las disposiciones relativas a la tributación de los intereses. En general, los principios formulados en los párrafos 32 a 34 de los Comentarios al artículo 11 son también aplicables a este apartado.

9. Aunque la limitación podría aplicarse a todas las rentas que, de otro modo, estarían sujetas al artículo 21, no se prevé que, en la práctica, se aplique a pagos tales como las pensiones compensatorias o los pagos de la Seguridad Social sino que, probablemente, será especialmente pertinente en el caso de determinados instrumentos financieros no tradicionales utilizados en circunstancias y condiciones tales que no se hubieran contemplado de no mediar dicha relación especial (véase el párrafo 21.1 de los Comentarios al artículo 11).

10. La limitación del artículo 21 difiere de la limitación del artículo 11 en dos aspectos importantes. En primer lugar, el apartado permite, cuando se den las condiciones necesarias, que se consideren excesivos todos los pagos efectuados por razón de un instrumento financiero no tradicional. En segundo lugar, las rentas excluidas de la aplicación del artículo sobre intereses pueden seguir estando sujetas a otros artículos del Convenio, como se explica en los párrafos 35 y 36 de los Comentarios al artículo 11. Las rentas a las que se pueda aplicar el artículo 21 no están, por definición, sujetas a ningún otro artículo. Por tanto, si la limitación del artículo 21 excluye parte de las rentas de la aplicación de dicho artículo, los artículos 6 a 20 del Convenio no son en modo alguno aplicables a dichas rentas, y cada Estado contratante podrá gravarlas con arreglo a su legislación interna.

11. Las restantes disposiciones del Convenio seguirán, sin embargo, siendo aplicables a tales rentas, como por ejemplo el artículo 23 (Métodos para eliminar la doble imposición), el artículo 25 (Procedimiento amistoso) y el artículo 26 (Intercambio de información).

12. [Suprimido.]

Reservas al artículo

13. *Australia, Canadá, Chile, México, Nueva Zelanda* y la *República Eslovaca* formulan una reserva respecto de este artículo y desean conservar el derecho a gravar las rentas derivadas de fuentes situadas en su propio país.

14. *Finlandia* y *Suecia* desean conservar el derecho a gravar ciertas rentas vitalicias y otros pagos similares satisfechos a no residentes cuando tales pagos se efectúen por razón de un seguro de pensiones emitido en su propio territorio.

15. *Reino Unido* desea conservar el derecho a gravar las rentas pagadas por sus residentes a no residentes en forma de rentas obtenidas por razón de un fideicomiso o en el marco de la administración una herencia.

16. *Japón* se reserva el derecho a gravar las rentas procedentes de ciertos instrumentos contractuales que generan el derecho a una deducción a los fines de determinar la renta imponible del pagador en el Estado contratante del que este sea residente.

17. *Estados Unidos* se reserva el derecho a prever que los pagos compensatorios a los hijos queden exentos en ambos Estados.

18. *Estados Unidos* se reserva el derecho a gravar conforme a su legislación interna las comisiones de garantía calificadas como “otras rentas”, pagadas por una “entidad expatriada” a una persona relacionada, durante un período de diez años.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 22
RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO

1. El artículo se refiere únicamente a los impuestos sobre el patrimonio, con exclusión de los impuestos sobre herencias yacentes, sucesiones, donaciones y transmisiones patrimoniales. Los impuestos sobre el patrimonio a los que se refiere el artículo son los comprendidos en el artículo 2.

2. Los impuestos sobre el patrimonio constituyen normalmente una imposición complementaria de la imposición sobre las rentas generadas por el patrimonio. En consecuencia, la imposición de un determinado elemento de patrimonio corresponde, en principio, solamente al Estado que tiene el derecho a gravar las rentas derivadas de dicho elemento de patrimonio. Sin embargo, no cabe remitirse pura y simplemente a las reglas relativas a la imposición de cada tipo renta de que se trate ya que no todos los elementos de renta están sujetos a imposición exclusivamente en un Estado.

3. Por consiguiente, el artículo enumera en primer término los bienes que pueden someterse a imposición en el Estado en que están situados. Pertenecen a esa categoría los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 6 pertenecientes a un residente de un Estado contratante y situados en el otro Estado contratante (apartado 1), así como los bienes muebles que formen parte del activo empresarial de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante (apartado 2).

3.1. A los efectos del apartado 2, un bien formará parte del activo de un establecimiento permanente si la propiedad "económica" de ese patrimonio se asigna a ese establecimiento permanente conforme a los principios desarrollados en el informe del Comité titulado *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*[1] (véanse en particular los párrafos 72 a 97 de la Parte I del Informe) a los efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 7. En el contexto de ese apartado, la propiedad "económica" de un bien tiene un significado equivalente a la propiedad por una entidad independiente a los efectos del impuesto sobre la renta, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a la renta atribuible a la propiedad de ese bien, el derecho a las amortizaciones que puedan aplicarse, y la potencialidad de ganancias o pérdidas derivadas del incremento o reducción del valor del bien). El mero hecho de que el patrimonio se registre, a los efectos contables, en el balance de situación elaborado por el establecimiento permanente, no será por tanto suficiente para concluir que ese patrimonio está vinculado efectivamente al establecimiento permanente.

3.2. En el caso de un establecimiento permanente de una empresa que desarrolle actividades de seguros, debe determinarse si el bien forma parte del activo empresarial del establecimiento permanente siguiendo las pautas contenidas en la Parte IV del Informe del Comité respecto de si la renta o la ganancia procedentes de dicho bien se tienen en cuenta para determinar el rendimiento obtenido por el establecimiento permanente del importe de los activos de inversión que se le hayan atribuido (véanse en concreto los párrafos 165 a170 de la Parte IV). Al tratarse de unas pautas generales, las autoridades fiscales deben considerar la aplicación de un criterio pragmático y flexible que tenga en cuenta la aplicación coherente y

[1] *Atribución de Beneficios a los Establecimientos permanentes*, OCDE, París, 2010.

razonable de esas pautas por parte de la empresa a los efectos de identificar de los activos concretos vinculados efectivamente al establecimiento permanente.

4. Normalmente, los buques y aeronaves explotados en el tráfico internacional, así como los bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves, serán gravables exclusivamente en el Estado de residencia (apartado 3). Esta regla se corresponde con las disposiciones del artículo 8 y del apartado 3 del artículo 13. Los Estados contratantes que prefieran atribuir el derecho exclusivo de imposición al Estado en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa pueden, en sus negociaciones bilaterales, sustituir el apartado 3 por una disposición ajustada a la propuesta en el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 8. Los bienes inmuebles afectos a la explotación de buques o aeronaves pueden someterse a imposición en el Estado en que estén situados conforme a la regla establecida en el apartado 1.

4.1. El apartado 3 se aplica cuando la empresa que es propietaria de los bienes explota ella misma los buques o aeronaves mencionados en ese apartado ya sea en el marco de propia actividad de transporte o porque los arriende totalmente armados, dotados y equipados. Sin embargo, dicho apartado no es aplicable cuando la empresa propietaria del buque o aeronave no los explota (por ejemplo, cuando la empresa arrienda los bienes a otra persona excepto en el caso de un alquiler ocasional a casco desnudo como se indica en el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 8). En tal caso, el patrimonio estará regulado por el apartado 2 o 4.

5. En lo que se refiere a los demás elementos de patrimonio distintos de los mencionados en los apartados 1 a 3, el artículo establece que serán gravables exclusivamente en el Estado contratante de residencia de la persona a la que pertenezcan (apartado 4).

6. En el caso de que, al aplicar el apartado 4 a bienes muebles dados en usufructo, subsista la doble imposición a causa de disparidades entre las legislaciones internas, los Estados afectados pueden recurrir al procedimiento amistoso o solucionar la cuestión por medio de negociaciones bilaterales.

7. El artículo no establece regla alguna relativa a la deducción de las deudas. Las legislaciones de los países miembros de la OCDE son demasiado diferentes como para que resulte posible una solución común a ese respecto. El problema de la deducción de las deudas que puede plantearse cuando el contribuyente y el acreedor no sean residentes del mismo Estado se trata en el apartado 4 del artículo 24.

8. [Renumerado y modificado.]

Reservas al artículo

9. *Finlandia* se reserva el derecho a gravar las acciones u otras participaciones societarias en sociedades finesas cuando la propiedad de tales acciones o participaciones atribuyan un derecho de disfrute de bienes inmuebles situados en Finlandia que sean propiedad de la sociedad.

10. *Nueva Zelanda, Portugal* y *Turquía* formulan una reserva respecto de este artículo en caso de que introdujeran un impuesto sobre el patrimonio, y desde ese momento.

11. *Francia* puede aceptar las disposiciones del apartado 4, pero desea conservar la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación relativas a la imposición de las acciones o

derechos que formen parte de una participación sustancial en una sociedad residente de Francia, o de las acciones o derechos en sociedades cuyos activos consistan principalmente en bienes inmuebles situados en Francia.

12. *Dinamarca, Noruega* y *Suecia* se reservan el derecho a incluir disposiciones especiales relativas al patrimonio constituido por aeronaves explotadas en el tráfico internacional cuando pertenezcan al consorcio de transporte aéreo *Scandinavian Airlines System* (SAS).

13. *España* se reserva el derecho a someter a imposición el patrimonio constituido por acciones, participaciones u otros derechos en una sociedad cuyos activos consistan principalmente en bienes inmuebles situados en España; por acciones, participaciones u otros derechos que otorguen a su titular un derecho de disfrute de bienes inmuebles situados en España; o por acciones, participaciones u otros derechos que constituyan una participación sustancial en una sociedad residente de España.

14. Dada su situación particular en el ámbito de la navegación marítima, *Grecia* conserva su libertad de acción en lo referente a las disposiciones del Convenio relativas al patrimonio constituido por buques explotados en el tráfico internacional y por bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques.

COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS 23 A Y 23 B RELATIVOS A LOS MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

I. Observaciones preliminares

A. Alcance de los artículos

1. Estos artículos se ocupan de la denominada "doble imposición jurídica" que ocurre cuando una persona está sujeta a imposición en más de un Estado por razón de la misma renta o del mismo patrimonio.

2. Este supuesto debe distinguirse claramente de la denominada "doble imposición económica"; es decir, cuando dos personas diferentes están sujetas a imposición por razón de la misma renta o el mismo patrimonio. Si dos Estados quieren resolver los problemas de doble imposición económica deberán hacerlo por medio de negociaciones bilaterales.

3. Puede existir doble imposición jurídica internacional en tres casos:

a) cuando una misma persona esté sujeta al impuesto en ambos Estados contratantes por su renta o su patrimonio mundiales (sujeción plena concurrente, véase el párrafo 4 más adelante);

b) cuando una persona, residente de un Estado contratante (R)[1], obtenga rentas o sea propietaria de elementos de patrimonio en el otro Estado contratante (F o E) y los dos Estados graven estas rentas o elementos de patrimonio (véase el párrafo 5 siguiente);

c) cuando los dos Estados contratantes sujeten a imposición a una misma persona, no residente en ninguno de los Estados contratantes, por las rentas que obtenga o el patrimonio del que sea propietario en un Estado contratante. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando un no residente tenga un establecimiento permanente en un Estado contratante (E) a través del que obtenga rentas, o mediante el que posea patrimonio, en el otro Estado contratante (F) (sujeción parcial concurrente, véase el párrafo 11 más adelante).

4. El conflicto que existe en el caso *a)* se subsume en el caso *b)* por aplicación del artículo 4. Esto se debe al hecho de que este artículo define la expresión "residente de un Estado contratante" por referencia a la sujeción al impuesto de una persona conforme a la legislación interna por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (apartado 1 del artículo 4) y estableciendo, para el supuesto de doble residencia, reglas específicas para determinar cuál de los dos Estados es el Estado de residencia (R) en el sentido del Convenio (apartados 2 y 3 del artículo 4).

4.1. Sin embargo, el artículo 4 solo se refiere a los casos de sujeción plena concurrente al impuesto. El conflicto en el caso *a*) puede no quedar resuelto si el mismo elemento de renta está plenamente sujeto a imposición en dos países, pero en momentos distintos. El ejemplo siguien-

[1] A lo largo de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B, la letra "R" indica el Estado de residencia en el sentido del Convenio, la "F" el Estado de la fuente o de la situación y la "E" el Estado donde está situado un establecimiento permanente.

te ilustra el problema. Supongamos que un residente del Estado R1 obtiene un beneficio imponible de una opción sobre acciones para empleados que se le ha concedido. El Estado R1 grava ese beneficio en el momento de concesión de la opción. Inmediatamente después, la persona se convierte en residente del Estado R2, que grava el beneficio en el momento de su ejercicio. En este caso, cada Estado somete a imposición a esa persona siendo residente del mismo, y el artículo 4 no resuelve la cuestión al no haber residencia concurrente en los dos Estados.

4.2. En esta situación, el conflicto se subsume en el caso *b*) y se resolverá en consecuencia en la medida en que los servicios prestados por razón del empleo a los que está ligada la opción se llevan a cabo en uno de los Estados contratantes de forma que serán gravables en ese Estado de acuerdo con el artículo 15, dado que es en ese Estado donde se ejerce el empleo en cuestión. De hecho, en este caso, el Estado donde se han prestado los servicios será el Estado de la fuente a los efectos de la eliminación de la doble imposición por el otro Estado. Es irrelevante que el otro Estado no exija el impuesto al mismo tiempo (véase el párrafo 32.8). Tampoco importa que el Estado considere que grava como Estado de residencia en lugar de como Estado de la fuente (véase la última frase del párrafo 8).

4.3. Ahora bien, cuando esos servicios vinculados al empleo no se han prestado en ninguno de los dos Estados, el conflicto no será el de una doble imposición fuente-residencia y, como confirma la expresión "salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado" incluida en el apartado 1 de los artículos 23 A y 23 B, la doble imposición que pueda derivarse escapará del ámbito de estos artículos. En ese caso podría recurrirse al procedimiento amistoso previsto en el apartado 3 del artículo 25. Una base posible para resolver el caso sería que las autoridades competentes de los dos Estados acuerden que cada Estado elimine la doble imposición respecto del impuesto que se exigió atendiendo al criterio de residencia en el otro Estado sobre la parte del beneficio vinculada a los servicios prestados durante el tiempo en que el empleado fue residente de ese otro Estado. Así, en el ejemplo anterior, si los servicios en cuestión se prestaron en un tercer Estado antes de que la persona fuera residente del Estado R2, sería lógico que la autoridad competente del Estado R2 estuviera dispuesta a eliminar la doble imposición (ya sea por el método de crédito o el de exención) por el Impuesto exigido por el Estado R1 sobre la parte del beneficio laboral vinculada a los servicios prestados en el tercer Estado, puesto que, en el momento en que se prestaron los servicios, el contribuyente era un residente del Estado R1 y no del Estado R2 a los efectos del convenio entre estos dos Estados.

5. El conflicto que se plantea en el caso *b)* puede resolverse repartiendo las potestades tributarias entre los Estados contratantes. Esta distribución puede consistir en una renuncia al derecho a gravar, bien por el Estado de la fuente o de situación (F), por aquél en que está situado el establecimiento permanente (E), por el Estado de residencia (R), o en un reparto del derecho a gravar entre los dos Estados. Las disposiciones de los capítulos III y IV del Convenio, combinadas con las disposiciones de los artículos 23 A o 23 B, regulan esta distribución.

6. Para diversos elementos de renta o de patrimonio se concede un derecho exclusivo de imposición a uno de los Estados contratantes, declarando el artículo correspondiente que la renta o el patrimonio en cuestión "será gravable exclusivamente" en un Estado contratante[2].

[2] Véanse la primera frase del apartado 1 del artículo 7, el apartado 1 del artículo 8, el apartado 1 del artículo 12, los apartados 3 y 5 del artículo 13, la primera frase del apartado 1 así como los apartados 2 y 3 del artículo 15, el artículo 18, los apartados 1 y 2 del artículo 19, el apartado 1 del artículo 21 y los apartados 3 y 4 del artículo 22.

Las palabras "serán gravables exclusivamente" en un Estado contratante impiden al otro Estado exigir el impuesto, con lo que se evita la doble imposición. El Estado al que se atribuye el derecho exclusivo a gravar es normalmente el Estado de residencia del contribuyente en el sentido del artículo 4 –es decir, el Estado R– pero según el artículo 19[3], el derecho exclusivo puede atribuirse al otro Estado contratante (F), del que el contribuyente no es residente en el sentido del artículo 4.

7. Para otros elementos de renta o de patrimonio, el derecho a gravar no se atribuye de forma exclusiva, y el artículo correspondiente declara entonces que la renta o el patrimonio en cuestión "pueden someterse a imposición" en el Estado contratante (F o E) en el que el contribuyente no es residente en el sentido del artículo 4. En tal caso, el Estado de residencia (R) debe conceder una desgravación para evitar la doble imposición. Los apartados 1 y 2 del artículo 23 A y el apartado 1 del artículo 23 B se han concebido para operar en ese sentido.

8. Los artículos 23 A y 23 B son aplicables a los casos en los que un residente del Estado R obtiene una renta del otro Estado contratante E o F (que no es el Estado de residencia en el sentido del Convenio) o posee en este un patrimonio, y dichas renta y patrimonio pueden someterse a imposición en este otro Estado E o F conforme al Convenio. Los artículos no se aplican, pues, más que al Estado de residencia, sin determinar de qué forma debe proceder el Estado contratante E o F.

9. Cuando un residente del Estado contratante R percibe rentas del mismo Estado R a través de un establecimiento permanente que posee en el otro Estado contratante E, el Estado E puede gravar estas rentas (con la excepción de las rentas procedentes de bienes inmuebles situados en el Estado R) si son atribuibles a dicho establecimiento permanente (apartado 1 del artículo 7 y apartado 2 del artículo 21). Asimismo, en este supuesto, el Estado R debe conceder una desgravación en virtud del artículo 23 A o del artículo 23 B por las rentas atribuibles al establecimiento permanente situado en el Estado E, independientemente de que tales rentas provengan originariamente del Estado R (véase también el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 21). Sin embargo, cuando los Estados contratantes acuerdan conceder al Estado R un derecho limitado de imposición en tanto que Estado de la fuente de los dividendos o intereses, en los límites fijados en el apartado 2 de los artículos 10 u 11, entonces los dos Estados deben acordar la imputación que debe conceder el Estado E en razón del impuesto exigido en el Estado R, en la misma línea del apartado 2 del artículo 23 A o del apartado 1 del artículo 23 B.

9.1. No obstante, cuando el Estado R aplique el método de exención, puede plantearse un problema en lo relativo a la imposición de los dividendos e intereses en el Estado de residencia en tanto que Estado de la fuente: la combinación de los artículos 7 y 23 A impide a dicho Estado gravar tales rentas, mientras que si se pagaran a un residente del otro Estado, el Estado R, siendo el Estado de la fuente de los dividendos o de los intereses, podría gravarlos a los tipos previstos en el apartado 2 de los artículos 10 y 11. Los Estados contratantes que consideren inaceptable esa situación podrán incluir en sus convenios una disposición conforme a la que el Estado de residencia pueda, como Estado de la fuente de los dividendos o de los intereses, gravar tales rentas a los tipos previstos en el apartado 2 de los artículos 10 y 11 a pesar del hecho de que aplique el método de exención. El Estado en que esté situado el establecimiento permanente reconocerá un crédito fiscal respecto de tal impuesto en los términos de

[3] Véanse los subapartados *a)* de los apartados 1 y 2 del artículo 19.

las disposiciones del apartado 2 del artículo 23 A o del apartado 1 del artículo 23 B; evidentemente, dicho crédito no será aplicable cuando, en virtud de su legislación interna, el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente no grave los dividendos ni los intereses atribuidos al establecimiento permanente.

10. Cuando un residente del Estado R obtenga rentas de un tercer Estado, por medio de un establecimiento permanente que posee en el Estado E, este Estado E puede gravar dichas rentas (con la excepción de las rentas procedentes de bienes inmuebles situados en el tercer Estado) si son atribuibles a este establecimiento permanente (apartado 1 del artículo 7 y apartado 2 del artículo 21). El Estado R debe, por aplicación de los artículos 23 A y 23 B, conceder una desgravación para la renta atribuible al establecimiento permanente situado en el Estado E. Pero el Convenio no comprende norma alguna relativa a la desgravación que el Estado contratante E debe conceder por los impuestos exigidos en el tercer Estado donde se genera la renta; sin embargo, en virtud del apartado 3 del artículo 24, toda desgravación prevista por la legislación interna del Estado E (excluidos los convenios de doble imposición) en beneficio de los residentes del Estado E debe concederse igualmente a un establecimiento permanente en el Estado E de una empresa del Estado R (véanse los párrafos 67 a 72 de los Comentarios al artículo 24).

11. El conflicto que se plantea en el caso *c)* del párrafo 3 anterior está fuera del ámbito del Convenio dado que, según el artículo 1, este se aplica solamente a las personas que son residentes de uno o de ambos Estados. No obstante, este caso puede resolverse mediante un procedimiento amistoso (véase también el párrafo 10 anterior).

11.1. En algunos casos, una misma renta o patrimonio pueden estar sujetos a imposición por ambos Estados contratantes como renta o patrimonio de uno de sus residentes. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando uno de los Estados contratantes grava la renta mundial de una entidad residente de ese Estado mientras que el otro Estado trata a esa entidad como transparente desde el punto de vista fiscal y somete a imposición a los socios de dicha entidad que sean residentes de ese otro Estado respecto del porcentaje de rentas que les corresponda. La frase "(salvo en la medida en que estas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado o porque el patrimonio sea también patrimonio propiedad de un residente de ese Estado)" aclara que, en tales casos, los dos Estados no están obligados de manera recíproca a corregir la doble imposición por el gravamen impuesto por el otro en función de la residencia del contribuyente y que, por tanto, los Estados están obligados a eliminar la doble imposición únicamente en la medida en que la imposición por el otro Estado sea conforme con las disposiciones del Convenio que permiten gravar las rentas o el patrimonio en cuestión en tanto que Estado de la fuente o Estado en el que esté el establecimiento permanente al que se puedan atribuirse dichas rentas o patrimonio, excluyendo así la imposición que resultaría únicamente del hecho de que una persona sea residente de ese otro Estado. Si bien dicha conclusión es una deducción lógica de la redacción de los artículos 23 A y 23 B aun en ausencia de dicha frase, su inclusión elimina cualquier duda al respecto.

11.2. Los principios expuestos en el párrafo anterior se ilustran con los siguientes ejemplos:

— Ejemplo A: una entidad establecida en el Estado R es residente del Estado R y, por tanto, tributa en ese Estado por su renta mundial. El Estado F considera a esta entidad como fiscalmente transparente y somete a imposición a los socios de la entidad respecto de la parte que cada uno de ellos obtiene a través de la entidad. Todos

los socios son residentes del Estado F. La totalidad de la renta de la entidad son beneficios procedentes de una actividad económica atribuibles a un establecimiento permanente situado en el Estado R. En ese caso, para determinar el impuesto que debe pagar la entidad, el Estado R no estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los artículos 23 A o 23 B respecto de la renta de la entidad, ya que la residencia de los socios de la entidad es la única razón por la que el Estado F puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio. Por otra parte, el Estado F tendrá que eliminar la doble imposición conforme a los artículos 23 A o 23 B respecto de la totalidad de la renta de la entidad, dado que dicha renta puede someterse a imposición en el Estado R en aplicación de las disposiciones del artículo 7, independientemente del hecho de que el Estado R considere que la renta la percibe una entidad residente del Estado R. Para determinar el importe del impuesto sobre la renta pagado en el Estado R a fin de eliminar la doble imposición a los socios de la entidad en virtud del artículo 23 B, el Estado F tendrá que tener en cuenta el importe del impuesto pagado por la entidad en el Estado R.

— Ejemplo B: los hechos son los mismos que en el ejemplo A, salvo en que el 30 por ciento de la renta obtenida a través de la entidad son intereses generados en el Estado F, atribuibles a un establecimiento permanente situado en el Estado R. El resto de la renta son beneficios procedentes de una actividad económica atribuibles al mismo establecimiento permanente. En este caso, la doble imposición respecto de los beneficios de actividades económicas, distintos de los intereses, se eliminará como se describe en el ejemplo A. Sin embargo, en el caso de los intereses, el Estado R tendrá que permitir que la entidad detraiga, conforme al apartado 2 del artículo 23 A o del apartado 1 del artículo 23 B, el impuesto sobre los intereses pagado en el Estado F por todos los socios de la entidad, sin que esta deducción exceda del 10 por ciento del importe bruto de los intereses (que es el importe máximo del impuesto que podría pagarse en el Estado F en aplicación del apartado 2 del artículo 11), o el impuesto exigible en el Estado R respecto de dichos intereses (última parte del apartado 2 del artículo 23 A y del apartado 1 del artículo 23 B). Por otra parte, el Estado F tendrá que eliminar también la doble imposición conforme al artículo 23 A o 23 B respecto de los socios de la entidad que sean residentes del Estado F, dado que la renta puede someterse a imposición en el Estado R conforme a las disposiciones del apartado 1 del artículo 7. El que el Estado F aplique el método de exención del artículo 23 A sugiere que el Estado F tendrá que dejar exenta la parte de los intereses atribuible a los socios residentes del Estado F (véase el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 21 y el párrafo 9 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B). Si el Estado F aplica el método de imputación del artículo 23 B, el crédito será aplicable únicamente respecto de la parte del impuesto exigible en el Estado F que exceda del importe del impuesto que el Estado F hubiera podido exigir en aplicación del apartado 2 del artículo 11, y dicho crédito deberá corresponderse con el importe del impuesto pagado en el Estado R tras la deducción del crédito que el propio Estado R deba conceder por el impuesto exigible en el Estado F en virtud del apartado 2 del artículo 11.

— Ejemplo C: los hechos son los mismos que en el ejemplo A salvo en que la totalidad de la renta de la entidad proviene de bienes inmuebles situados en el Estado F. En ese caso, para determinar el impuesto exigible a la empresa, el Estado R tendrá que

conceder la desgravación conforme a los artículos 23 A o 23 B respecto de la totalidad de la renta de la entidad, dado que dicha renta puede someterse a imposición en el Estado F en aplicación de las disposiciones del artículo 6, independientemente del hecho de que el Estado F considere que la renta la perciben los socios, que son residentes del Estado F. Por otra parte, el Estado F no estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los artículos 23 A o 23 B ya que la residencia de la entidad es la única razón por la que el Estado R puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio (el resultado hubiera sido el mismo incluso si la renta fuera atribuible a un establecimiento permanente situado en el Estado R: véase la primera frase del párrafo 9 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B).

— Ejemplo D: los hechos son los mismos que en el ejemplo A salvo en que la totalidad de la renta de la entidad son intereses generados en el Estado F, no atribuibles a un establecimiento permanente. En este caso, para determinar el impuesto exigible a la entidad, el Estado R tendrá que permitir que la entidad detraiga, conforme al apartado 2 del artículo 23 A o del apartado 1 del artículo 23 B, el importe del impuesto sobre los intereses pagado en el Estado F por todos los socios de la entidad, sin que esta deducción exceda el 10 por ciento del importe bruto de los intereses (que es el importe máximo del impuesto que podría pagarse en el Estado F en aplicación del apartado 2 del artículo 11) o del impuesto exigible en el Estado R respecto de dichos intereses (última parte del apartado 2 del artículo 23 A y del apartado 1 del artículo 23 B). Por otra parte, el Estado F no estará obligado a conceder una desgravación conforme a los artículos 23 A o 23 B respecto de la renta de la entidad, ya que la renta no procede del Estado R y no es atribuible a un establecimiento permanente situado en el Estado R y el hecho de que la renta sea también renta percibida por un residente del Estado R es la única razón por la que el Estado R puede gravar dicha renta. El apartado 1 del artículo 11 confirma el derecho del Estado R a gravar los intereses como renta obtenida por una entidad residente del Estado R.

— Ejemplo E: los hechos son los mismos que en el ejemplo D salvo en que la totalidad de la renta de la entidad son intereses generados en el Estado R. En este caso, para determinar el impuesto exigible a la entidad, el Estado R no estará obligado a conceder una desgravación, conforme a los artículos 23 A o 23 B, respecto de la renta de la entidad ya que la residencia de los socios de la entidad es la única razón por la que el Estado F puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio. El Estado F, tendrá que permitir que los socios detraigan, conforme al apartado 2 del artículo 23 A o del apartado 1 del artículo 23 B, el importe del impuesto sobre los intereses pagado en el Estado R por la entidad, sin que esta deducción exceda del 10 por ciento del importe bruto de los intereses (que es el importe máximo del impuesto que podría pagarse en el Estado R en aplicación del apartado 2 del artículo 11) o del impuesto exigible en el Estado F respecto de dichos intereses (última parte del apartado 2 del artículo 23 A y del apartado 1 del artículo 23 B). Por otra parte, el Estado F no estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los artículos 23 A o 23 B respecto del impuesto pagado en el Estado R que exceda del impuesto máximo que puede pagarse conforme al apartado 2 del artículo 11, dado que los intereses no son atribuibles a un establecimiento permanente en el Estado R y el hecho de que la renta sea también renta percibida por un residente del Estado R es

la única razón por la que el Estado R puede aplicar ese impuesto adicional sobre esa renta. El apartado 1 del artículo 21 confirma el derecho del Estado R a gravar los intereses como renta obtenida por la entidad residente del Estado R.

— Ejemplo F: los hechos son los mismos que en el ejemplo D salvo en que la totalidad de la renta de la entidad son intereses procedentes de un tercer Estado. En este caso, para determinar el impuesto exigible a la entidad, el Estado R no estará obligado a conceder una desgravación conforme a los artículos 23 A o 23 B, respecto de la renta de la entidad ya que la residencia de los socios de la entidad es la única razón por la que el Estado F puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio. El Estado F, tampoco estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los artículos 23 A o 23 B respecto de la renta de la entidad, dado que la renta no procede del Estado R y no es atribuible a un establecimiento permanente en el Estado R, y el hecho de que la renta sea también renta percibida por un residente del Estado R es la única razón por la que el Estado R puede gravar dicha renta. El apartado 1 del artículo 21 confirma el derecho del Estado R a gravar los intereses como renta obtenida por la entidad residente del Estado R. El apartado 1 del artículo 21 confirma asimismo el derecho del Estado F a gravar los intereses como renta obtenida por los socios de la entidad que sean residentes del Estado F.

B. Descripción de los métodos para eliminar la doble imposición

12. Los convenios existentes siguen dos principios rectores para eliminar la doble imposición por el Estado de residencia del contribuyente. Por simplificar, a continuación nos referimos solo al impuesto sobre la renta, pero los principios se aplican de la misma forma al impuesto sobre el patrimonio.

1. El principio de exención

13. Según el principio de exención, el Estado de residencia R no grava las rentas que, conforme al Convenio, pueden someterse a imposición en el Estado E o F (y, evidentemente, tampoco las rentas gravables exclusivamente en Estado E o F, véase el párrafo 6 anterior).

14. El principio de exención puede aplicarse siguiendo dos métodos principales:

a) el Estado R no tiene en cuenta la renta que puede someterse a imposición en el Estado E o F a los efectos de su impuesto; el Estado R no está legitimado para computar la renta así exenta cuando determina el impuesto exigible respecto del resto de la renta; este método se denomina “exención plena”;

b) el Estado R no grava la renta que puede someterse a imposición en el Estado E o F, pero este Estado conserva el derecho a tener en cuenta esta renta para determinar el impuesto exigible sobre el resto de la renta; este método se llama “exención con progresividad.”

2. El principio de imputación o de crédito

15. Según el principio de imputación, el Estado de residencia R calcula el impuesto basándose en el importe total de las rentas del contribuyente incluyendo las que provienen del otro

Estado E o F que, con arreglo al Convenio, pueden someterse a imposición en ese otro Estado (pero sin incluir las rentas gravables exclusivamente en el Estado F; véase el párrafo 6 anterior). El Estado R deduce del impuesto que se le adeuda el impuesto pagado en el otro Estado.

16. El principio de imputación puede aplicarse siguiendo dos métodos principales:

a) el Estado R permite la deducción del importe total del impuesto pagado en el otro Estado respecto de las rentas que pueden someterse a imposición en este Estado; este método se denomina "imputación plena";

b) la deducción concedida por el Estado R en concepto de impuesto pagado en el otro Estado se limita a la fracción de su propio impuesto que corresponda a las rentas que pueden someterse a imposición en el otro Estado; este método se llama "imputación ordinaria".

17. La diferencia fundamental entre los métodos consiste en que los métodos de exención atienden a la renta, mientras que los de crédito atienden al impuesto.

C. Aplicación y consecuencias de los métodos

18. Un ejemplo numérico facilitará la explicación de las consecuencias de los distintos métodos. Tomemos, por ejemplo, una renta total de 100.000, de las cuales 80.000 proceden de un Estado (Estado de residencia R) y 20.000 del otro Estado (Estado de la fuente F). Supongamos que en el Estado R el tipo impositivo es el 35 por ciento para una renta de 100.000 y el 30 por ciento para una renta de 80.000. Supongamos, asimismo, que en el Estado F el tipo impositivo es del 20 por ciento –en el caso *(i)*– y del 40 por ciento –en el caso *(ii)*–, de manera que el impuesto debido en este Estado sobre 20.000 será 4.000 en el caso *(i)* u 8.000 en el caso *(ii)*, respectivamente.

19. Si el contribuyente obtiene una renta total de 100.000 en el Estado R, el impuesto aplicable será de 35.000. Si dispone de una renta del mismo importe, pero obtenida de la forma indicada anteriormente, y si la legislación interna del Estado R no prevé ninguna desgravación ni tampoco existe convenio entre el Estado R y el Estado F, el importe total del impuesto será en el caso *(i)* de 35.000+4.000=39.000, y en el caso *(ii)* de 35.000+8.000=43.000.

1. Métodos de exención

20. Según los métodos de exención, el Estado R limita su imposición a la parte de la renta total que, de acuerdo con los diversos artículos del Convenio, tiene derecho a gravar; es decir, 80.000.

a) Exención plena

El Estado R aplica el impuesto sobre 80.000 al tipo impositivo correspondiente a 80.000; es decir, al 30 por ciento.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R: 30 % de 80.000	24.000	24.000
Más impuesto en el Estado F	4.000	8.000
Impuestos totales	28.000	32.000
Importe de la desgravación admitida en el Estado R	11.000	11.000

b) Exención con progresividad

El Estado R aplica el impuesto sobre 80.000 al tipo impositivo correspondiente a la renta total, independientemente de donde proceda (100.000); es decir, al 35 por ciento.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R: 35 % de 80.000	28.000	28.000
Más impuesto en el Estado F	4.000	8.000
Impuestos totales	32.000	36.000
Importe de la desgravación admitida en el Estado R	7.000	7.000

21. En uno y otro caso el nivel del impuesto en el Estado F no influye en el importe total de impuesto al que renuncia el Estado R. Cuando el impuesto sobre las rentas procedentes del Estado F es menor en dicho Estado que la deducción que concedería el Estado R –casos *a (i)*, *a (ii)*, y *b (i)*–, el contribuyente obtendrá un resultado más ventajoso que si su renta total proviniese únicamente del Estado R. En el caso inverso –caso *b (ii)*– el resultado será menos favorable para el contribuyente.

22. El ejemplo muestra igualmente que la desgravación admitida cuando el Estado R sigue el método de exención plena puede ser más elevada que el impuesto exigido en el Estado F, incluso si los tipos impositivos del Estado F son más elevados que en el Estado R. Esto es debido a que en el método de exención plena no solo se renuncia al impuesto del Estado R sobre la renta del Estado F (35 por ciento de 20.000 = 7.000; como en el método de exención con progresividad), sino que también el gravamen sobre el resto de la renta (80.000) se reduce en el importe correspondiente a la diferencia de tipos aplicables en el Estado R a los dos niveles de renta (35 – 30 = 5 por ciento aplicado a 80.000 = 4.000).

2. Métodos de imputación o de crédito

23. Conforme a este método, el Estado R conserva su derecho a gravar la renta total del contribuyente, pero permite una deducción en el impuesto así calculado.

a) Imputación plena

El Estado R calcula el impuesto sobre la renta total de 100.000 al tipo del 35 por ciento, y admite la deducción del impuesto debido en el Estado F sobre la renta procedente de F.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R: 35 % de 100.000	35.000	35.000
Menos impuesto en el Estado F	-4.000	-8.000
Impuesto debido	31.000	27.000
Impuestos totales	35.000	35.000
Importe de la desgravación admitida en el Estado R	4.000	8.000

b) Imputación ordinaria

El Estado R calcula el impuesto sobre la renta total de 100.000 al tipo del 35 por ciento, y permite la deducción del impuesto debido en el Estado F sobre la renta procedente de F, pero en

ningún caso permite que la deducción exceda de la parte del impuesto aplicable en el Estado R correspondiente a la renta generada en F (deducción máxima). La deducción máxima será del 35 por ciento de 20.000 = 7.000.

	Caso (*i*)	Caso (*ii*)
Impuesto en el Estado R: 35 % de 100.000	35.000	35.000
Menos impuesto en el Estado F	-4.000	
Menos impuesto máximo		-7000
Impuesto debido	31.000	28.000
Impuestos totales	35.000	36.000
Importe de la desgravación admitida en el Estado R	4.000	7.000

24. Una de las características de los métodos de crédito en comparación con los de exención es que el Estado R no está en ningún caso obligado a conceder una deducción superior al impuesto debido en el Estado F.

25. Si el impuesto debido en el Estado F es menor que el impuesto del Estado R calculado sobre la renta del Estado F (deducción máxima), el contribuyente deberá en todo caso pagar el mismo importe del impuesto que si hubiera tributado únicamente en el Estado R; es decir, como si su renta total proviniese únicamente del Estado R.

26. Se llega a un resultado idéntico cuando el impuesto debido en el Estado F es más elevado y el Estado R aplica el método de imputación plena, al menos en tanto que el impuesto total debido en el Estado R sea igual o más elevado que el importe del impuesto debido en el Estado F.

27. Cuando el impuesto debido en el Estado F es más elevado y la deducción está limitada (crédito ordinario), el contribuyente no podrá deducir el total del impuesto pagado en el Estado F. En tal caso, el resultado será menos favorable para el contribuyente que si obtuviese la totalidad de su renta en el Estado R, y en estas condiciones el método de crédito ordinario tendrá los mismos efectos que el método de exención con progresividad.

Cuadro 23-1

Importe total de los impuestos percibidos en los diferentes casos citados anteriormente

A. Total renta generada en el Estado R	Impuesto total = 35.000	
B. Renta generada en los dos Estados: 80.000 en el Estado R y 20.000 en el Estado F	Impuesto total si el impuesto del Estado F es:	
	4.000 [Caso (*i*)]	8.000 [Caso (*ii*)]
Sin convenio (19)[(a)]	39.000	43.000
Exención plena (20*a*)	28.000	32.000
Exención con progresividad (20*b*)	32.000	36.000
Imputación plena (23*a*)	35.000	35.000
Imputación ordinaria (23*b*)	35.000	36.000

[(a)] Los números entre paréntesis se refieren a los párrafos de estos Comentarios.

Cuadro 23-2

Importe del impuesto al que renuncia el Estado de residencia

	Si el imuesto del Estado F es:	
	4.000 [Caso (*i*)]	8.000 [Caso (*ii*)]
Sin convenio	0	0
Exención plena (20*a*)[(a)]	11.000	11.000
Exención con progresividad (20*b*)	7.000	7.000
Imputación plena (23*a*)	4.000	8.000
Imputación ordinaria (23*b*)	4.000	7.000

[(a)] Los números entre paréntesis se refieren a los párrafos de estos Comentarios.

D. Métodos propuestos en los artículos

28. En los convenios suscritos entre los países miembros de la OCDE se han ido aplicado los dos principios rectores: ciertos Estados son partidarios del primero; otros del segundo. Teóricamente, podría parecer preferible tener un solo principio, pero dadas las preferencias mencionadas, se ha dejado a cada Estado la libertad de hacer su propia elección.

29. En contrapartida se ha juzgado importante limitar el número de métodos basados en cada principio rector. A la vista de tal limitación, los artículos se han redactado de forma que permitan a los países miembros elegir entre dos métodos:

— la exención con progresividad (artículo 23 A), y

— la imputación ordinaria (artículo 23 B).

30. Si dos Estados contratantes adoptan el mismo método, será suficiente con incluir en el Convenio el artículo correspondiente. Si, por el contrario, los dos Estados contratantes adoptan métodos diferentes, los dos artículos pueden refundirse en uno y será preciso indicar el nombre del Estado correspondiente en la parte del artículo relativa al método que ha adoptado.

31. Los Estados contratantes pueden utilizar una combinación de los dos métodos. Tal combinación es de hecho necesaria en un Estado contratante R que adopte de manera general el método de exención en el caso de rentas que puedan estar sujetas a un impuesto limitado en el otro Estado contratante F en virtud de los artículos 10 y 11. En estos casos el artículo 23 A prevé en su apartado 2 un crédito para el impuesto limitado exigido en el otro Estado contratante F (no obstante, puede ser necesario adaptar los apartados 1 y 2 del artículo 23 A en el caso de las distribuciones realizadas por sociedades de inversión en el mercado inmobiliario, cuando los Estados contratantes hayan adoptado disposiciones similares a las mencionadas en los párrafos 67.1 a 67.7 de los Comentarios al artículo 10). Además, los Estados que adoptan de manera general el método de exención pueden querer excluir de esta exención ciertos elementos de renta y aplicarles el método de crédito. En este caso, cabe modificar el texto del apartado 2 del artículo 23 A a fin de incluir dichos elementos de renta.

31.1. Un ejemplo en que el apartado 2 puede modificarse en ese sentido es el de un Estado que, pese a adoptar por regla general el método de exención, considere que este método no

debe aplicarse a elementos de renta que se benefician de un tratamiento fiscal preferente en el otro Estado en virtud de una medida fiscal adoptada en dicho Estado con posterioridad a la firma del Convenio. Con el fin de incluir estos elementos de renta, cabe modificar el apartado 2 como sigue:

2. Cuando un residente de un Estado contratante perciba un elemento de renta que,

   a) pueda someterse a imposición en el otro Estado contratante conforme a las disposiciones de los artículos 10 y 11 (salvo en la medida en que dichas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado), o

   b) pueda someterse a imposición en el otro Estado contratante conforme a lo dispuesto en este Convenio (salvo en la medida en que dichas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado), pero que se beneficie en ese otro Estado de un tratamiento preferente en virtud de una medida fiscal

      (i) adoptada en el otro Estado contratante con posterioridad a la firma del Convenio, y

      (ii) que dicho Estado ha notificado a la autoridad competente del otro Estado contratante, antes de que se percibiera el elemento de renta así obtenido y después de consultar con ese otro Estado la procedencia de la aplicación de este apartado,

   el Estado mencionado en primer lugar admitirá la deducción en el impuesto sobre la renta de ese residente de un importe igual al impuesto pagado en ese otro Estado. Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto, calculado antes de la deducción, correspondiente a dicho elemento de renta obtenido en ese otro Estado.

32. Los dos artículos están redactados con términos generales y no establecen reglas detalladas relativas al cálculo de la exención o de la imputación; esto se deja a la legislación interna y la práctica aplicables. Los Estados contratantes que consideren necesario regular un problema concreto en el propio Convenio son libres de hacerlo en sus negociaciones bilaterales.

E. Conflictos de calificación

32.1. Tanto el artículo 23 A como el 23 B requieren que se conceda la desgravación, vía método de exención o de crédito, según el caso, cuando un elemento de renta o de patrimonio pueda someterse a imposición en el Estado de la fuente conforme a lo dispuesto en el Convenio. Por tanto, el Estado de residencia tiene la obligación de aplicar el método de exención o el de crédito respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando el convenio autorice al Estado de la fuente a gravarlo.

32.2. La interpretación de la expresión "... que, conforme a lo dispuesto en este Convenio puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante", que se utiliza en los dos artículos, es particularmente importante en el tratamiento de los casos en los que los Estados de residencia y de la fuente clasifican de modo diferente el mismo elemento de renta o de patrimonio a los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el Convenio.

32.3. A este respecto deben considerarse distintas situaciones. Cuando, por las diferencias existentes entre la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de residencia, el primero de ellos aplica a un determinado elemento de renta o de patrimonio disposiciones

del Convenio distintas a las que hubiera aplicado el Estado de residencia a ese mismo elemento de renta o patrimonio, no por ello la renta deja de estar gravada conforme a las disposiciones del Convenio, tal como las aplica e interpreta el Estado de la fuente. En estos casos, por tanto, los dos artículos exigen que el Estado de residencia elimine la doble imposición a pesar del conflicto de calificación resultante de las diferencias existentes en las respectivas legislaciones internas.

32.4. Esta cuestión puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: una sociedad de personas establecida en el Estado E realiza una actividad económica a través de un establecimiento permanente situado en ese Estado. Un socio residente del Estado R enajena su participación en dicha sociedad. El Estado E considera la sociedad de personas como fiscalmente transparente, mientras que el Estado R la trata como una entidad sujeta a imposición. El Estado E, por tanto, considera que la enajenación de la participación en la sociedad de personas, a efectos de este Convenio con el Estado R, es una enajenación efectuada por el socio de los activos en los que se sustenta la actividad económica de la citada sociedad que dicho Estado puede someter a imposición en virtud de los apartados 1 o 2 del artículo 13. El Estado R, que trata la sociedad de personas como una entidad sujeta a imposición, considera que la enajenación de la participación en dicha sociedad es asimilable a la enajenación de las acciones de una sociedad, enajenación que el Estado E no puede someter a imposición en virtud del apartado 5 del artículo 13. En este caso, el conflicto de calificación se deriva exclusivamente de la diferencia de tratamiento de las sociedades de personas en las legislaciones internas de los dos países y el Estado R debe considerar que el Estado E ha gravado la ganancia obtenida en la enajenación "conforme a lo dispuesto en el Convenio" a los efectos de la aplicación del artículo 23 A o del artículo 23 B. El Estado R debe, por lo tanto, conceder una exención conforme al artículo 23 A o un crédito fiscal en virtud del artículo 23 B a pesar de que, en virtud de su legislación interna, trata la ganancia obtenida en la enajenación como una renta derivada de la enajenación de acciones de una sociedad por acciones y de que, si la definición de renta del Estado E estuviera en consonancia con la del Estado R, este último no tendría que eliminar la doble imposición conforme a los artículos 23 A o 23 B. En ese caso, por tanto, no se producirá una doble imposición.

32.5. No obstante, ni el artículo 23 A ni el 23 B requieren que el Estado de residencia elimine la doble imposición en todos los casos en los que el Estado de la fuente haya sometido a imposición un elemento de renta, aplicándole una disposición del Convenio que es distinta de la que el Estado de residencia considera aplicable. Así, en el ejemplo anterior, si para aplicar el apartado 2 del artículo 13, el Estado E considera que la sociedad de personas ha llevado a cabo su actividad económica a través de un lugar fijo de negocios, pero el Estado R considera que es de aplicación el apartado 5, porque la sociedad de personas carecía de un lugar fijo de negocios en el Estado E, realmente existe una controversia respecto si el Estado E ha gravado la renta conforme a lo dispuesto en el Convenio. Lo mismo puede ocurrir si el Estado E, al aplicar el apartado 2 del artículo 13, interpreta la locución "que formen parte del activo" de modo que se incluyan ciertos activos que no hubieran estado comprendidos en el significado de esta frase según la interpretación que de ella hace el Estado R. Las controversias resultantes de una interpretación diferente de los hechos o de las disposiciones del Convenio deben distinguirse de los conflictos de calificación descritos en el párrafo anterior en los que la divergencia no se basa en diferentes interpretaciones de las disposiciones del Convenio, sino en disposiciones distintas de la legislación interna. En el caso anterior, el Estado R puede

argumentar que el Estado E no ha aplicado su impuesto conforme a lo dispuesto en el Convenio si lo ha hecho basándose en lo que el Estado R considera una interpretación errónea de los hechos o del Convenio. Los Estados deberán recurrir a las disposiciones del artículo 25 (Procedimiento Amistoso), y en particular de su apartado 3, para resolver este tipo de conflicto en los casos en que, de otro modo, generarían una doble imposición efectiva.

32.6. La expresión "que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición" debe interpretarse también en relación con los posibles casos de doble no imposición que pueden darse en virtud del artículo 23 A. Cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de renta o de patrimonio que de otro modo hubiera tenido derecho a gravar, el Estado de residencia, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 23 A, debería considerar que el Estado de la fuente no puede someter a imposición el elemento de renta conforme a lo dispuesto en el Convenio, incluso aunque el Estado de residencia hubiera aplicado el Convenio de forma diferente para así tener derecho a gravar esta renta si hubiera sido Estado de la fuente. Por tanto, el apartado 1 no obliga al Estado de residencia a exonerar de impuesto el elemento de renta, resultado que es coherente con la función básica del artículo 23 que consiste en eliminar la doble imposición.

32.7. Esta situación puede ilustrarse haciendo referencia a una variación del ejemplo anterior. Una sociedad de personas establecida en el Estado E desarrolla una actividad económica por medio de un lugar fijo de negocios situado en ese Estado, y uno de sus socios, residente del Estado R, enajena su participación en dicha sociedad. Modificando los datos del ejemplo, ahora suponemos que el Estado E trata la sociedad de personas como una entidad sujeta a imposición, mientras que el Estado R la trata como fiscalmente transparente; además, se supone que el Estado R es un Estado que aplica el método de exención. El Estado E, al tratar la sociedad de personas como una entidad jurídica, considera que la enajenación de la participación en dicha sociedad de personas es asimilable a la enajenación de la participación en una sociedad, que no puede gravar en virtud del apartado 5 del artículo 13. El Estado R, por otra parte, considera que la enajenación de la participación en la sociedad de personas debería haber sido gravada en el Estado E como si fuera una enajenación, realizada por el socio, de los activos que sustentan la actividad económica de la citada sociedad a los que se hubieran aplicado los apartados 1 o 2 del artículo 13. Para determinar si el Estado R tiene la obligación de exonerar la renta en virtud del apartado 1 del artículo 23 A, dicho Estado debe considerar sin embargo que, teniendo en cuenta la aplicación combinada de las disposiciones del Convenio y las de la legislación interna del Estado E, este último no puede gravar la renta conforme a lo dispuesto en el Convenio. El Estado R no tiene, pues, obligación de exonerar la renta.

F. Desajuste temporal

32.8 Las disposiciones del Convenio que permiten al Estado de la fuente gravar determinados elementos de renta o de patrimonio no incluyen restricción alguna acerca del momento en que debe exigirse el impuesto (véase, por ejemplo, el párrafo 2.2 de los Comentarios al artículo 15). Dado que tanto el artículo 23 A como el artículo 23 B exigen que se permita la desgravación cuando un elemento de renta o de patrimonio puedan someterse a imposición en el Estado de la fuente conforme a las disposiciones del convenio, esa desgravación debe concederse con independencia del momento en que el Estado de la fuente exija el impuesto. El Estado de residencia debe por tanto eliminar la doble imposición aplicando el método de

crédito o de exención en relación con ese elemento de renta o de patrimonio, incluso cuando el Estado de la fuente lo grave en ejercicios anteriores o posteriores. No obstante, algunos Estados no siguen la redacción del artículo 23 A o 23 B en sus convenios bilaterales y condicionan la eliminación de la doble imposición que conceden en sus convenios a lo dispuesto en su legislación interna. A pesar de todo, es de esperar que estos países busquen otras formas (el procedimiento amistoso, por ejemplo) para eliminar la doble imposición que, de no hacerlo así, podría producirse si el Estado de la fuente exigiera su impuesto en otro ejercicio.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo 23 A (método de exención)

Apartado 1

A. Obligación del Estado de residencia de conceder la exención

33. El artículo prevé que el Estado de residencia R dejará exentas las rentas y el patrimonio que "puedan someterse a imposición" en el otro Estado E o F conforme a lo dispuesto en el Convenio.

34. Por consiguiente, el Estado de residencia debe dejar exentas las rentas y el patrimonio que, conforme a lo dispuesto en el Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado con independencia de que ese otro Estado ejerza efectivamente o no esa potestad tributaria. Parece que este método es el más práctico, ya que libera al Estado de residencia de indagar sobre la fiscalidad en el otro Estado.

34.1. La obligación impuesta al Estado de residencia de exonerar determinados elementos de renta o de patrimonio depende de si el Estado de la fuente puede someter a imposición dicho elemento de renta o patrimonio de acuerdo con el Convenio. Los anteriores párrafos 32.1 a 32.7 tratan la interpretación que debe darse a esta condición. No obstante, cuando se cumple la condición, la obligación puede considerarse absoluta, sujeta a las excepciones de los apartados 2 y 4 del artículo 23 A. El apartado 2 examina el caso, ya citado en el anterior párrafo 31, de elementos de renta que no pueden someterse más que a un impuesto limitado en el Estado de la fuente. Para estos elementos de renta el apartado prevé la aplicación del método de imputación (véase el párrafo 47 más adelante). El apartado 4 trata el caso de ciertos conflictos de calificación que conllevarían una doble no imposición resultante de la aplicación del Convenio si el Estado de residencia estuviera obligado a conceder una exención (véanse los párrafos 56.1 a 56.3 más adelante).

35. Ocasionalmente y para evitar una doble no imposición, los Estados contratantes pueden, durante sus negociaciones, hallar razonable hacer una excepción a la obligación absoluta que incumbe al Estado de residencia de conceder la exención, en los casos en que no se apliquen ni el apartado 3 ni el 4. Tal puede ser el caso cuando, en virtud de la legislación interna del Estado de la fuente no está previsto ningún impuesto sobre determinados elementos de renta o de patrimonio, o cuando el impuesto no se recauda debido a circunstancias particulares, tales como la compensación de pérdidas, un error o la prescripción. Para evitar dicha doble no imposición de determinados elementos de renta, los Estados contratantes pueden convenir modificar el propio artículo (véanse el párrafo 9 de los Comentarios

al artículo 15 y el párrafo 12 de los Comentarios al artículo 17; para el caso inverso, cuando la desgravación en el Estado de la fuente está sujeta a la imposición efectiva en el Estado de residencia, véanse el párrafo 20 de los Comentarios al artículo 10, el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 11, el párrafo 6 de los Comentarios al artículo 12, el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 13 y el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 21). Se podría hacer también una excepción a la regla general, con el fin de alcanzar una cierta reciprocidad, cuando uno de los Estados adopta el método de exención y el otro el de imputación. Por último, es también factible hacer otra excepción a la regla general cuando un Estado desea aplicar a ciertos elementos de renta el método de imputación y no el de exención (véase el párrafo 31 anterior).

36. Conviene asimismo señalar que, como se explicó en los párrafos 11.1 y 11.2 más arriba, el artículo 23 no obliga a los Estados contratantes a dejar exentas las rentas o el patrimonio cuando la única razón por la que el otro Estado contratante puede gravarlos conforme a lo dispuesto en el Convenio es que ese otro Estado atribuye dicha renta o dicho patrimonio a uno de sus residentes.

B. Otra redacción del artículo

37. Tal como está formulado en el artículo, el método de exención tiene por efecto reducir la renta o el patrimonio imponibles en el Estado de residencia en la cuantía del importe exonerado por este Estado. Si en un Estado concreto la cuantía de la renta determinada a efectos del impuesto se utiliza como referencia para otros fines, por ejemplo, para el cálculo de prestaciones sociales, la aplicación del método de exención en la forma propuesta puede tener como efecto que se beneficien de estas prestaciones personas que no deberían tener derecho a ellas. Para evitar este tipo de consecuencias es posible modificar el artículo de manera que la renta en cuestión quede incluida en la renta imponible en el Estado de residencia. Este último deberá entonces renunciar a la fracción del impuesto total que corresponda a la citada renta. Este procedimiento conducirá al mismo resultado que el derivado del artículo tal como está redactado. Puede dejarse a los Estados libertad para realizar dichas modificaciones en la redacción del artículo. Si un Estado desea redactar el artículo como se ha indicado anteriormente, el apartado 1 puede redactarse como sigue:

> Cuando un residente de un Estado contratante perciba rentas o sea propietario de elementos de patrimonio que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, sean gravables exclusivamente o puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante, el Estado mencionado en primer lugar, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, admitirá la deducción en el impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio de la fracción del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio que corresponda, según el caso, a las rentas que se perciban del otro Estado o al patrimonio que se posea en ese otro Estado.

Cuando el artículo se redacte de dicha forma, el apartado 3 resulta innecesario y puede omitirse.

C. Problemas varios

38. El artículo 23 A contiene el principio según el cual el Estado de residencia tiene que conceder la exención, pero no establece reglas específicas sobre cómo debe efectuarse tal exención. Esto concuerda con la estructura general del Convenio. Los artículos 6 a 22 también establecen las reglas que atribuyen el derecho a gravar los diversos tipos de renta o de patri-

monio, sin tratar en principio de la determinación de la renta o del patrimonio imponibles, de las deducciones, de los tipos impositivos, etc., (véase, no obstante, el artículo 24). La experiencia ha demostrado que pueden surgir numerosos problemas. Esto es particularmente cierto en lo relativo al artículo 23 A. Algunos de ellos se tratan en los párrafos siguientes. En ausencia de una disposición específica en el Convenio, se aplica la legislación interna de cada Estado contratante. Algunos convenios incluyen una referencia expresa a la legislación interna, pero evidentemente esto no es útil cuando en la legislación interna no se aplica el método de exención. En tales casos los Estados contratantes que se enfrenten con este problema deberán establecer unas reglas para la aplicación del artículo 23 A, si es necesario, después de haber consultado con la autoridad competente del otro Estado contratante (apartado 3 del artículo 25).

1. *Importe exento*

39. La cuantía de las rentas susceptibles de exención tributaria por el Estado de residencia es aquella que, en ausencia del Convenio, estaría sujeta al impuesto sobre la renta conforme a la legislación interna relativa a este impuesto. Puede, por tanto, diferir del importe de la renta sujeto a imposición por el Estado de la fuente conforme a su legislación interna.

40. Normalmente, la base de cálculo del impuesto sobre la renta es la renta neta total; es decir, la renta bruta minorada en las deducciones admitidas. Es, pues, la renta bruta procedente del Estado de la fuente menos las deducciones permitidas (específicas o proporcionales) vinculadas a la renta que debe quedar exenta.

41. Algunos problemas surgen porque la mayor parte de los países prevé en sus respectivas legislaciones fiscales deducciones complementarias aplicables a la renta total o a determinados elementos de renta para llegar a la renta sujeta al impuesto. Un ejemplo numérico ilustrará el problema:

a)	Renta interna (bruta menos gastos admitidos)	100
b)	Renta procedente del otro Estado (bruta menos gastos admitidos)	100
c)	Renta total	200
d)	Deducciones previstas por la legislación del Estado de residencia para otros gastos no relacionados con las rentas mencionadas en *a)* o en *b)*, tales como primas de seguros, donaciones a instituciones benéficas	-20
e)	Renta "neta"	180
f)	Desgravaciones personales y familiares	-30
g)	Renta sujeta a impuesto (Renta imponible)	150

La cuestión que se plantea es determinar qué cuantía debe quedar exenta de impuesto, por ejemplo:

— 100 (línea *b*), dejando un importe gravable de 50;

— 90 (mitad de la línea *e*, conforme a la proporción existente entre la línea *b* y la línea *c*), dejando 60 (deduciendo totalmente la línea *f* de la renta de fuente nacional);

— 75 (mitad de la línea *g*, conforme a la proporción existente entre la línea *b* y la línea *c*) dejando 75;

— o cualquier otro importe.

42. Una comparación de las legislaciones y prácticas de los países miembros de la OCDE demuestra que el importe exento varía considerablemente de un país a otro. La solución adoptada por un Estado dependerá de su política y de su estructura fiscal. La intención de un Estado puede ser que sus residentes se beneficien siempre plenamente de las desgravaciones personales y familiares y de otras deducciones. En otros Estados estos importes exentos se reparten proporcionalmente. En muchos Estados las desgravaciones personales y familiares forman parte de la tarifa progresiva, se conceden como deducción del impuesto o incluso no se conocen como tal y la situación familiar se tiene en cuenta aplicando tarifas distintas.

43. Dadas las grandes diferencias existentes entre Estados en sus políticas y técnicas fiscales relativas a la determinación del impuesto, y en particular en el ámbito de las deducciones, desgravaciones y beneficios similares, es preferible no proponer una solución explícita y uniforme en el Convenio, sino dejar a cada Estado la libertad de aplicar su legislación y técnica propias. Los Estados contratantes que prefieran resolver en sus convenios estos problemas específicos tienen, naturalmente, libertad para hacerlo en sus negociaciones bilaterales. Finalmente, se llama la atención sobre el hecho de que el problema tiene igualmente importancia para los Estados que aplican el método de imputación (véase el párrafo 62 más adelante).

2. Tratamiento de las pérdidas

44. Al aplicar el artículo 23 A, varios Estados contratantes tratan las pérdidas sufridas en el otro Estado de la misma manera que las rentas generadas en este Estado: como Estado de residencia (Estado R) y no conceden deducción por las pérdidas incurridas en relación con bienes inmuebles o establecimientos permanentes situados en el otro Estado (E o F). Siempre que este otro Estado permita trasladar la pérdida a ejercicios futuros, el contribuyente no sufrirá perjuicio, en el sentido de que solo se le impide solicitar una doble deducción por la misma pérdida, en el Estado E (o F) y en el Estado R. Otros Estados pueden, como el Estado de residencia R, permitir la deducción de una pérdida sufrida en el Estado E (o F), contra la renta que ellos gravan. En tal supuesto, el Estado R tendrá libertad para limitar la exención que concede con arreglo al apartado 1 del artículo 23 A, a los beneficios o rentas generados posteriormente en el otro Estado E (o F), deduciendo de esos beneficios o rentas posteriores el importe de las pérdidas anteriores que el contribuyente puede trasladar a ejercicios futuros en el Estado E (o F). Dado que la solución depende fundamentalmente de la legislación interna de los Estados contratantes y que las legislaciones de los países miembros de la OCDE presentan diferencias sustanciales, no puede proponerse una solución válida en el propio artículo. Si lo consideran necesario, los Estados contratantes tienen libertad para matizar la cuestión antes mencionada y los restantes problemas relacionados con las pérdidas (véase el párrafo 62 más adelante en relación con el método de imputación) en las negociaciones bilaterales, bien en el propio artículo, bien vía procedimiento amistoso (apartado 3 del artículo 25).

3. Imposición del resto de la renta

45. Independientemente de la aplicación de los tipos impositivos progresivos que se tratan ahora en el apartado 3 del artículo (véanse los párrafos 55 y 56 más adelante), hay determi-

nadas disposiciones de las legislaciones tributarias que pueden generar ciertos problemas. Así, ciertas legislaciones fiscales prevén, por ejemplo, que la imposición se inicie únicamente a partir de un importe mínimo de renta imponible (umbral de exención). La renta total antes de la aplicación del Convenio puede exceder claramente de ese umbral de franquicia impositiva, pero en virtud de la exención resultante de la aplicación del Convenio que implica la deducción de la renta exenta de la renta imponible total, la renta imponible restante puede quedar reducida a un importe inferior al citado umbral. Por las razones mencionadas en el párrafo 43 anterior no pueden proponerse soluciones uniformes. Sin embargo, cabe señalar que el problema no se plantea si se adopta la redacción alternativa del apartado 1 del artículo 23 A (tal como figura en el párrafo 37 anterior).

46. Algunos Estados han introducido sistemas especiales para la imposición de las rentas obtenidas por las sociedades (véanse los párrafos 40 a 67 de los Comentarios al artículo 10). En los Estados que apliquen el sistema de doble tipo impositivo en el impuesto sobre sociedades (véase el párrafo 43 de dichos Comentarios), puede surgir un problema si la renta que va a dejarse exenta debe deducirse del beneficio no distribuido (al que se aplica el tipo normal), o del beneficio distribuido (al que se aplica un tipo reducido); o si la renta que va a dejarse exenta debe atribuirse en parte a los beneficios distribuidos y en parte a los no distribuidos. Cuando, en virtud de la legislación de un Estado que aplique el sistema de doble tipo en el impuesto sobre sociedades, se exija un impuesto complementario al nivel de la sociedad matriz respecto de los dividendos que haya recibido de una filial nacional, y que no redistribuye, (este impuesto complementario se justifica por el hecho de que se trata de una compensación de la ventaja que ha supuesto para la filial la aplicación de un tipo reducido en el impuesto sobre sus beneficios distribuidos), el problema que surge es determinar si este impuesto complementario puede exigirse cuando la filial pague sus dividendos con cargo a una renta exenta de impuesto en virtud del Convenio. Finalmente, un problema análogo puede plantearse en relación con los impuestos a cuenta –*précompte, Advance Corporation Tax*– que se exigen sobre los beneficios distribuidos de una sociedad con el fin de cubrir el crédito fiscal atribuible a los accionistas (véase el párrafo 47 de los Comentarios al artículo 10). La cuestión es saber si estos impuestos especiales ligados a la distribución de beneficios pueden exigirse en la medida en que las distribuciones se realizan con cargo a beneficios exentos de impuestos. Corresponde a los Estados contratantes regular estas cuestiones en sus negociaciones bilaterales.

Apartado 2

47. Según los artículos 10 y 11, el derecho a gravar los dividendos y los intereses está repartido entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. En estos casos el Estado de residencia es libre de no gravar si lo desea (véanse, por ejemplo, los párrafos 72 a 78 más adelante) y de aplicar el método de exención también a los elementos de renta mencionados anteriormente. Sin embargo, cuando el Estado de residencia prefiere ejercer su derecho a gravar tales elementos de renta, no puede aplicar el método de exención para eliminar la doble imposición dado que renunciaría totalmente a su derecho a gravar la renta en cuestión. En general se considera que la aplicación del método de crédito es una buena solución para el Estado de residencia. Además, como ya se ha indicado en el párrafo 31 anterior, los Estados que en general utilizan el método de exención pueden desear aplicar el método de imputación a determinados elementos de renta en lugar del de exención. Consecuentemente, el

apartado está concebido de acuerdo con el método de imputación ordinaria. Los Comentarios al artículo 23 B que siguen son aplicables, *mutatis mutandis*, al apartado 2 de artículo 23 A.

48. En los casos comprendidos en el párrafo precedente se prevén determinados porcentajes máximos de imposición para el impuesto exigible por el Estado de la fuente. En tales casos el tipo impositivo en el Estado de residencia será muy frecuentemente más alto que en el Estado de la fuente. La limitación de la deducción, como se dispone en la segunda frase del apartado 2 y que es conforme con el método de imputación ordinaria, solo tendrá, por tanto, consecuencias en un número limitado de casos. Si en tales casos los Estados contratantes prefieren renunciar a esta limitación y aplicar el método de crédito pleno, pueden hacerlo suprimiendo la segunda frase del apartado 2.

Dividendos correspondientes a una participación sustancial poseída por una sociedad

49. De la combinación de los apartados 1 y 2 del artículo 10 y del artículo 23 (artículos 23 A o 23 B, según los casos) resulta que el Estado de residencia del accionista está autorizado a gravar los dividendos procedentes del otro Estado, pero debe admitir como crédito contra su propio impuesto sobre tales dividendos el impuesto exigido al tipo limitado por el apartado 2 del artículo 10 en el Estado de donde proceden. Este régimen se aplica igualmente cuando el perceptor de los dividendos es una sociedad matriz que recibe dividendos de su filial; en tal caso, el impuesto retenido en el Estado de la filial, e imputado en el Estado de la sociedad matriz, está limitado al 5 por ciento del importe bruto de los dividendos en aplicación del artículo 10, apartado 2, subapartado *a)*.

50. Estas disposiciones evitan de hecho una doble imposición jurídica de los dividendos; en cambio, no evitan que los beneficios distribuidos a la sociedad matriz soporten una imposición "en cascada" por el impuesto de sociedades: primero al nivel de la sociedad filial y de nuevo en el de la sociedad matriz. Esta imposición recurrente supone un obstáculo realmente importante para el desarrollo de las inversiones internacionales. Así lo han reconocido numerosos Estados, que han introducido disposiciones específicas para evitarlo en su legislación interna. Frecuentemente se incorporan en los convenios de doble imposición disposiciones tendentes a tal fin.

51. El Comité de Asuntos Fiscales ha considerado si convendría modificar el artículo 23 del Convenio para solventar el problema. Aun cuando numerosos Estados sean favorables a la inclusión de una disposición a tal fin en el Modelo de Convenio, esto plantea numerosas dificultades debido a la diversidad de planteamientos por los Estados y la multiplicidad de soluciones posibles. Algunos Estados, temerosos de la evasión fiscal, prefieren conservar su libertad y regular la cuestión únicamente en su legislación interna.

52. En definitiva, parece preferible dejar que los Estados tengan libertad para elegir su propia solución al problema. Para los Estados que deseen regular la cuestión en sus convenios, las soluciones se guiarán casi siempre por uno de los siguientes principios:

a) *Exención con progresividad*

El Estado del que la sociedad matriz sea residente deja exentos los dividendos que esta reciba de su filial en el otro Estado; sin embargo, puede tener en cuenta tales dividendos para el cálculo del impuesto adeudado por la sociedad matriz sobre el resto de su renta (esta disposición será la habitualmente propugnada por los Estados que apliquen el método de exención previsto en el artículo 23 A).

b) *Imputación de los impuestos sobre los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos* (underlying taxes)

En lo que se refiere a los dividendos recibidos de la filial, el Estado del que la sociedad matriz sea residente concede el crédito previsto en el apartado 2 del artículo 23 A o en el apartado 1 del artículo 23 B, según proceda, no solo para el impuesto que grava los dividendos como tal, sino también para el impuesto pagado por la filial sobre los beneficios distribuidos (esta norma gozará del favor de los Estados que apliquen como norma general el método de crédito previsto en el artículo 23 B).

c) *Asimilación a una participación en una filial nacional*

Los dividendos que obtiene la sociedad matriz de su filial extranjera están sometidos, en el Estado de la sociedad matriz, al mismo régimen fiscal que los dividendos que provienen de una filial residente de este Estado.

53. Cuando el Estado de la sociedad matriz grava el patrimonio, debería aplicarse una solución análoga en relación con tal impuesto.

54. Además, los Estados tienen libertad para fijar los límites y modalidades de aplicación de estas disposiciones (definición y duración mínima de la tenencia de la participación, proporción de los dividendos que se estimen absorbidos por los gastos administrativos o financieros) o de subordinar la concesión de la desgravación otorgada en virtud del régimen especial a la condición de que la filial ejerza una actividad económica real en el Estado del que es residente, o a que obtenga en ese Estado la mayor parte de su renta o a que esté sujeta en él a una imposición considerable sobre sus beneficios.

Apartado 3

55. El Proyecto de Convenio de 1963 reservaba expresamente la aplicación de la tarifa progresiva del impuesto al Estado de residencia (última frase del apartado 1 del artículo 23 A), y la mayor parte de los convenios firmados entre países miembros de la OCDE que adoptan el método de exención siguen este principio. En los términos del apartado 3 del artículo 23 A, el Estado de residencia se reserva el derecho a tomar en consideración el importe de la renta o del patrimonio exentos para calcular el impuesto aplicable al resto de la renta o del patrimonio. La regla se aplica incluso cuando las rentas o los elementos de patrimonio exentos y las rentas o los elementos de patrimonio imponibles los devengan aquellas personas (por ejemplo, marido y mujer) cuyas rentas o elementos de patrimonio se gravan conjuntamente en virtud de la legislación interna. Esta regla de progresividad se aplica a la renta o al patrimonio exentos en virtud del apartado 1 del artículo 23 A, así como a las rentas o al patrimonio que, en virtud de cualquier otra disposición del Convenio, "serán gravables exclusivamente" en el otro Estado contratante (véase el párrafo 6 anterior). Este es el motivo por el que en el Modelo de Convenio de 1977 la regla de progresividad se transfirió desde el apartado 1 del artículo 23 A a un nuevo apartado 3 de este artículo, en el que se añadió la mención a una exención "conforme a las disposiciones del Convenio".

56. El apartado 3 del artículo 23 A no se refiere más que al Estado de residencia. El artículo no condiciona la aplicación por el Estado de la fuente de las disposiciones de su legislación interna sobre la progresividad.

Apartado 4

56.1. Este apartado tiene por objeto evitar la doble no imposición que resultaría de los desacuerdos entre el Estado de residencia y el de la fuente sobre los hechos referentes a un caso específico o sobre la interpretación de lo dispuesto en el Convenio. Se aplica cuando, por una parte, el Estado de la fuente interpreta los hechos de un caso o lo dispuesto en el Convenio de forma tal que un elemento de la renta o del patrimonio entra en el campo de aplicación de una disposición del Convenio que suprime su derecho a gravar este elemento o que limita el impuesto al que le puede someter, mientras que por otra parte, el Estado de residencia adopta otra interpretación de los hechos o de lo dispuesto en el Convenio y considera que este elemento puede someterse a imposición en el Estado de la fuente conforme a las disposiciones del Convenio, lo cual, en ausencia de este apartado, obligaría al Estado de residencia a conceder una exención en aplicación del apartado 1.

56.2. El apartado se aplica únicamente en la medida en que el Estado de la fuente, en aplicación de las disposiciones del Convenio, ha exonerado de impuesto un elemento de renta o de patrimonio o ha aplicado las disposiciones del apartado 2 de los artículos 10 u 11 a un elemento de renta. No se aplica, por lo tanto, en el caso de que el Estado de la fuente considere que puede gravar un elemento de renta o de patrimonio conforme a lo dispuesto en el Convenio, pero en el que no llegue a pagarse efectivamente el impuesto sobre tal renta o patrimonio en virtud de lo dispuesto por la legislación interna del Estado de la fuente. En tal caso, el Estado de residencia debe exonerar este elemento de renta en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 porque la exención en el Estado de la fuente no es consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el Convenio sino en su legislación interna (véase el párrafo 34 anterior). De forma similar, cuando los Estados de la fuente y de residencia divergen no solo en la calificación de la renta sino también en su cuantía, el apartado 4 se aplica únicamente a la parte de la renta que el Estado de la fuente exime de imposición en virtud del Convenio o a la que aplica el apartado 2 de los artículos 10 u 11.

56.3. Hay que distinguir entre los casos a los que se aplica el apartado y aquellos en los que la calificación de un elemento de renta según la legislación interna interactúa con las disposiciones del Convenio para impedir que ese Estado grave un elemento de renta o de patrimonio en circunstancias en las que la calificación de ese elemento según la legislación interna del Estado de residencia no hubiera conducido al mismo resultado. En estos casos, que se analizan en los párrafos 32.6 y 32.7 más arriba, el apartado 1 no obliga al Estado de residencia a conceder la exención porque, conforme a lo dispuesto en el Convenio, el elemento de renta no puede someterse a imposición en el Estado de la fuente. Dado que el apartado 1 no es aplicable, no son necesarias las disposiciones del apartado 4 para garantizar el derecho de gravamen del Estado de residencia.

III. Comentarios a las disposiciones del artículo 23 B (método de imputación o de crédito fiscal)

Apartado 1

A. Métodos

57. El artículo 23 B, basado en el principio de imputación o crédito fiscal, sigue el método de imputación ordinaria: el Estado de residencia (R) permite la deducción contra su propio impues-

to sobre las rentas o el patrimonio de sus residentes de una cantidad igual al impuesto pagado en el otro Estado E (o F) sobre la renta obtenida o el patrimonio que se posee en ese otro Estado E (o F), pero la deducción se limita a la fracción correspondiente de su propio impuesto.

58. El método de imputación ordinaria se considera aplicable también en el caso de un Estado que siga el método de exención, pero deba conceder un crédito, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 23 A, por el impuesto exigido a un tipo limitado en el otro Estado sobre dividendos e intereses (véase el párrafo 47 anterior). La posibilidad de proceder a algunas modificaciones, tales como se indican en los párrafos 47 y 48 anteriores (imputación plena), puede ser también relevante, lógicamente, en el caso de dividendos e intereses pagados a un residente de un Estado que ha adoptado el método de imputación ordinaria (véase también el párrafo 63 más adelante).

59. La obligación impuesta por el artículo 23 B al Estado R de conceder un crédito fiscal por el impuesto exigido en el otro Estado E (o F) sobre un elemento de renta o de patrimonio depende de si el Estado E (o F) puede someter a imposición dicho elemento conforme a lo dispuesto en el Convenio. Los párrafos 32.1 a 32.7 anteriores analizan la interpretación que debe darse a esta condición. Los elementos de renta que conforme al subapartado *a)* de los apartados 1 y 2 del artículo 19 "sean gravables exclusivamente" en el otro Estado están exentos de imposición en el Estado R desde el primer momento (véase el párrafo 6 anterior), y los Comentarios al artículo 23 A son aplicables a estas rentas exentas. En cuanto a la progresividad, se hace referencia al apartado 2 del artículo (y al párrafo 79 más adelante).

60. El artículo 23 B fija las reglas principales del método de crédito, pero no establece reglas detalladas para el cálculo y aplicación de la imputación. Esto está en línea con la estructura general del Convenio. La experiencia ha demostrado que pueden surgir muchos problemas; algunos de ellos se tratan en los párrafos que siguen. La legislación interna de muchos Estados ya contiene reglas detalladas relativas a la imputación de impuestos extranjeros en sus legislaciones internas. Esta es la razón por la que algunos convenios incluyen una referencia a la legislación interna de los Estados contratantes y prevén, además, que tales normas internas no afecten al principio establecido en el artículo 23 B. Los Estados contratantes que no utilicen en su legislación interna el método de crédito deben establecer las reglas para la aplicación del artículo 23 B si fuera preciso, tras consultar a la autoridad competente del otro Estado contratante (apartado 3 del artículo 25).

61. El importe del impuesto extranjero por el que debe efectuarse la imputación es el impuesto efectivamente pagado en el otro Estado contratante con arreglo al Convenio (excluyendo la parte del impuesto pagado en ese otro Estado únicamente porque la renta o el patrimonio sean también renta percibida por un residente de ese Estado o capital propiedad de un residente de ese Estado). Pueden surgir algunos problemas, por ejemplo, cuando este impuesto no se calcula sobre la renta del ejercicio en el que se exige, sino sobre la renta de un ejercicio anterior o la renta media de dos o más ejercicios previos. Pueden surgir otros problemas relacionados con los distintos métodos seguidos para determinar la renta o con las variaciones en los tipos de cambio (devaluación o revaluación). Sin embargo, estos problemas difícilmente pueden solventarse mediante una disposición al efecto en el Convenio.

62. Conforme a las disposiciones de la segunda frase del apartado 1 del artículo 23 B, la deducción que el Estado de residencia (R) debe permitir está limitada a la fracción del impuesto sobre la renta que corresponde a las rentas procedentes del Estado F o E (lo que se denomi-

na "deducción máxima"). Esta deducción máxima puede calcularse, bien distribuyendo el impuesto total que grava las rentas totales en función de la ratio "renta que genera el crédito a renta total", o aplicando el tipo impositivo correspondiente a la renta total a aquella que genera el crédito. De hecho, el método de imputación surtirá el mismo efecto que el método de exención con progresividad en los casos en que el impuesto del Estado E (o F) sea igual o superior al impuesto correspondiente del Estado R. En la aplicación del método de imputación pueden surgir problemas relativos al importe de las rentas, al tipo impositivo, etc., similares a los citados en los Comentarios referentes al artículo 23A (véanse, en particular, los párrafos 39 a 41 y 44 anteriores). Por las mismas razones que las mencionadas en los párrafos 42 y 43 anteriores, es preferible no proponer una solución expresa y uniforme en el Convenio en relación con el método de imputación, sino dejar a cada Estado la libertad de aplicar su legislación y práctica propias. Esto es igualmente válido en relación con otros problemas que se tratan más adelante.

63. La deducción máxima se calcula normalmente como el impuesto sobre la renta neta; es decir, sobre la renta del Estado E (o F) menos las deducciones admitidas (específicas o proporcionales) vinculadas a tales rentas (véase el párrafo 40 anterior). Por esta razón, en muchos casos la deducción máxima puede ser inferior al impuesto efectivamente pagado en el Estado E (o F). Esto puede ocurrir especialmente en el caso de que, por ejemplo, un residente del Estado R que perciba intereses del Estado F haya tomado prestados fondos de una tercera persona para financiar el préstamo que origina los intereses. Como los intereses debidos sobre los capitales prestados pueden compensarse contra los intereses generados en el Estado F, el importe de la renta neta sujeta a imposición en el Estado R puede ser muy pequeño, e incluso puede no existir renta neta. Como se explicó en el apartado 7.1 de los Comentarios al artículo 11, en ese caso, el Estado R no puede solucionar el problema, dado que el impuesto exigido en ese Estado es poco o nulo. Una solución posible sería dejar los intereses exentos en el Estado F, como se propone en los apartados 7 a 7.12 de los Comentarios al artículo 11.

64. Si un residente del Estado R obtiene rentas de diferentes categorías del Estado F y si este último Estado, de acuerdo con su legislación tributaria, no grava más que una de esas rentas, la deducción máxima que concederá el Estado R será normalmente igual a la fracción de su impuesto que corresponda únicamente al elemento de la renta gravado en el Estado F. No obstante, otras soluciones son posibles, en particular a la vista del siguiente problema más general: el hecho de que la imputación debe admitirse, por ejemplo, para diversos elementos de renta gravados a tipos impositivos distintos en el Estado F, o para rentas procedentes de diversos Estados, con o sin Convenio, plantea la cuestión de saber si la deducción máxima o el crédito deben calcularse separadamente para cada elemento de renta, o para cada país, o para todas las rentas de fuente extranjera que dan derecho al crédito en virtud de la legislación interna y de los convenios. En un sistema de "imputación global" todas las rentas de fuente extranjera se aglutinan y el total de impuestos extranjeros se deduce del impuesto interno correspondiente a las rentas extranjeras totales.

65. En caso de pérdidas pueden surgir otros problemas. Un residente del Estado R que obtenga rentas del Estado E (o F) puede sufrir una pérdida en el Estado R, en el Estado E (o F) o en un tercer Estado. En términos generales, y a efectos de la imputación, las pérdidas sufridas en un Estado dado se compensarán con otras rentas procedentes del mismo Estado. La cuestión de si una pérdida sufrida fuera del Estado R (por ejemplo, en un establecimiento perma-

nente) puede deducirse de otras rentas que provengan o no del Estado R, depende de la legislación interna del Estado R. Pueden plantearse aquí problemas similares a los que se mencionan en los Comentarios relativos al artículo 23 A (párrafo 44 anterior). Cuando las rentas totales proceden del extranjero y en el Estado R no hay renta sino una pérdida que no excede del importe de las rentas extranjeras, el impuesto total exigido en el Estado R será el que corresponda a la renta obtenida en el Estado F, y la deducción máxima que permitirá el Estado R será, por consiguiente, el impuesto exigido en el Estado R. Otras soluciones son posibles.

66. Los problemas planteados anteriormente dependen en gran medida de la legislación y la práctica nacionales y, por consiguiente, debe dejarse a cada Estado llegar a una solución. A este respecto, se observará que algunos Estados aplican el método de crédito de manera muy liberal. Ciertos Estados están considerando también la posibilidad (o ya la han admitido) de trasladar a otros ejercicios los créditos por impuestos pagados pendientes de imputación. Naturalmente, los Estados contratantes tienen libertad para modificar el artículo en el curso de sus negociaciones bilaterales a fin de abordar cualquiera de los problemas enunciados anteriormente.

67. En las situaciones denominadas de "subcapitalización", el Modelo de Convenio permite al Estado de la sociedad prestataria, en determinadas circunstancias, tratar un pago de intereses como distribución de dividendos, conforme a su legislación interna; la condición esencial es que el prestamista de los fondos comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad prestataria. Esto genera dos consecuencias:

— la imposición en la fuente de tales "intereses" al tipo aplicable a los dividendos (apartado 2 del artículo 10);

— la inclusión de tales "intereses" en los beneficios imponibles de la sociedad prestamista.

68 Si se dan las condiciones requeridas, el Estado de residencia del prestamista estaría obligado a eliminar la doble imposición jurídica o económica sobre los intereses como si el pago fuera, de hecho, un dividendo. Por tanto, debería conceder un crédito por el impuesto efectivamente retenido sobre esos intereses en el Estado de residencia del prestatario al tipo aplicable a los dividendos y, además, si el prestamista es la sociedad matriz de la sociedad prestataria, aplicar a tales "intereses" cualquier desgravación adicional que resulte de su régimen de sociedades matrices-filiales. Esta obligación puede resultar:

a) del propio texto del artículo 23 del Convenio, cuando prevé la desgravación de las rentas definidas como dividendos en el artículo 10 o de los elementos de renta contemplados en el artículo 10;

b) del contexto del Convenio; es decir, de la combinación de los artículos 9, 10, 11 y 23 y, si fuera necesario, recurriendo al procedimiento amistoso:

– cuando el Estado de residencia de la sociedad prestataria ha tratado los intereses como dividendos, en aplicación de reglas conformes con el apartado 1 del artículo 9 o con el apartado 6 del artículo 11 y cuando el Estado de residencia del prestamista esté de acuerdo en que el tratamiento es adecuado y esté dispuesto a efectuar un ajuste correlativo;

– cuando el Estado de residencia del prestamista aplica reglas similares de subcapitalización y tratara el pago como un dividendo en la situación recíproca; es

decir, si el pago lo realizara una sociedad establecida en su territorio a un residente del otro Estado contratante;

– en los demás casos en que el Estado de residencia del prestamista reconoce como adecuada la asimilación de los intereses a dividendos practicada por el Estado de residencia del prestatario.

69. En lo que se refiere a los dividendos derivados de una participación sustancial que posee una sociedad, se remite a los párrafos 49 a 54 anteriores.

69.1. Pueden surgir algunos problemas cuando los Estados contratantes aplican un tratamiento diferente a determinadas entidades tales como las sociedades de personas. Supongamos, por ejemplo, que el Estado en el que está establecida la sociedad de personas la trata como si fuera una sociedad de capital, mientras que el Estado de residencia de un socio la trata como si fuera fiscalmente transparente. El Estado de la sociedad de personas puede, con sujeción a las disposiciones aplicables del Convenio, someterla a imposición por su renta cuando esta sea efectiva y, a reserva de los límites previstos en el apartado 2 del artículo 10, puede gravar también la distribución de beneficios por la sociedad de personas a sus socios no residentes. Sin embargo, el Estado de residencia del socio solo le exigirá el impuesto por la parte de la renta de la sociedad que le corresponda cuando la sociedad de personas obtenga efectivamente esa renta.

69.2. La primera cuestión que se plantea en este caso es saber si el Estado de residencia del socio, que somete a imposición su participación en la renta de la sociedad de personas está obligado por Convenio a conceder un crédito fiscal en concepto del impuesto exigido a la sociedad de personas en el Estado en que está establecida y que la considera un sujeto pasivo independiente. La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa en la medida en que el Estado de la sociedad de personas puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio que permiten la imposición de esta renta en tanto que Estado de la fuente o Estado en el que está situado el establecimiento permanente al que puede atribuirse la renta (véanse también los párrafos 11.1 y 11.2 más arriba). En la medida en que el Estado de residencia del socio atribuya la renta de la sociedad de personas al socio con el fin de someter a imposición a este último, dicho Estado debe adoptar un enfoque coherente e imputar al socio el impuesto pagado por esta sociedad (pero únicamente en la medida en que el impuesto se pague conforme a las disposiciones del Convenio que permiten la tributación en fuente) con el fin de eliminar la doble imposición que se origina con la tributación del socio. En otras palabras, si el Estado de residencia del socio ignora el estatus de asociación con personalidad independiente de sus socios concedido a la sociedad de personas con el fin de que el socio tribute por su parte de renta, debería ignorarse también a efectos del crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero.

69.3. Una segunda cuestión que se plantea en este caso es la medida en que el Estado de residencia del socio debe conceder un crédito por el impuesto exigido en el Estado en que está establecida la sociedad de personas sobre el beneficio distribuido, no sometido a imposición en el Estado de residencia. La respuesta a esta pregunta estriba en este último hecho. Como el beneficio distribuido no se grava en el Estado de residencia del socio, simplemente no existe imposición en dicho Estado contra la que imputar el impuesto exigido por razón de la distribución en el Estado en que está establecida la sociedad de personas. Se ha de distinguir claramente entre la generación de beneficios y su distribución y no debe esperarse que el

Estado de residencia permita la deducción del impuesto exigido por razón de la distribución en el Estado de la sociedad de personas contra su propio impuesto exigido al generarse estos (véase la primera frase del párrafo 64 anterior).

B. Observaciones relativas al impuesto sobre el patrimonio

70. Tal como está redactado el apartado 1, el crédito por un impuesto sobre la renta solo puede deducirse de otro impuesto sobre la renta, y lo mismo ocurre en el caso del impuesto sobre el patrimonio. Por consiguiente, únicamente podrá existir un crédito fiscal, bien en concepto de impuesto sobre el patrimonio, bien deducible del impuesto sobre el patrimonio, si los dos Estados contratantes gravan el patrimonio.

71. En el curso de unas negociaciones bilaterales, dos Estados contratantes pueden convenir que la naturaleza de un impuesto denominado "impuesto sobre el patrimonio" está estrechamente relacionada con un impuesto sobre la renta pudiendo, por consiguiente, permitir su imputación contra un impuesto sobre la renta, y viceversa. En algunos casos no existe la doble imposición sobre el patrimonio bien porque un Estado no lo grava, bien porque los dos Estados no gravan más que el patrimonio sito en su territorio. Es evidente que en estos casos puede suprimirse la referencia al impuesto sobre el patrimonio. Además, los Estados pueden juzgar aconsejable, cualquiera que sea la naturaleza de los impuestos cubiertos por el Convenio, admitir la imputación del importe total de los impuestos del Estado de la fuente o de situación contra el importe total de los impuestos del Estado de residencia. Sin embargo, cuando un Convenio incluye a la vez impuestos sobre el patrimonio propiamente dichos e impuestos así calificados, pero que son por naturaleza impuestos sobre la renta, los Estados tal vez deseen permitir la imputación de solo estos últimos contra el impuesto sobre la renta. Siendo así, los Estados tienen libertad para modificar el artículo propuesto con el fin de obtener el resultado deseado.

C. Imputación de impuestos "ahorrados"

72. Algunos Estados conceden diferentes clases de incentivos fiscales a inversores extranjeros con el fin de atraer inversión extranjera. Cuando el Estado de residencia de un inversor extranjero aplica el método de crédito, la ventaja del incentivo concedido por el Estado de la fuente puede verse reducida en la medida que el Estado de residencia, al gravar la renta que se ha beneficiado del incentivo, solo le permitirá la deducción por el impuesto efectivamente pagado en el Estado de la fuente. Asimismo, si el Estado de residencia aplica el método de exención, pero subordina la aplicación de este método a un cierto nivel de imposición en el Estado de la fuente, la concesión de una reducción en el impuesto por el Estado de la fuente puede tener como consecuencia que al inversor se le deniegue la aplicación del método de exención en su Estado de residencia.

73. Para evitar tal efecto en el Estado de residencia, algunos de los Estados que hayan adoptado planes de incentivos fiscales optarán por incluir en sus Convenios unas disposiciones generalmente denominadas "imputación de impuestos 'ahorrados" (en inglés, *tax sparing*). El objeto de dichas disposiciones es permitir que los no residentes obtengan un crédito fiscal por los impuestos no pagados efectivamente en virtud del plan de incentivos fiscales del Estado de la fuente, o garantizar que se tengan en cuenta dichos impuestos para aplicar ciertas condiciones asociadas a los sistemas de exención.

74. Las cláusulas de imputación de impuestos "ahorrados" constituyen una desviación respecto de las de los artículos 23A y 23B y pueden adoptar distintas formas, como por ejemplo:

a) el Estado de residencia permitirá como deducción la cuantía del impuesto que el Estado de la fuente podría haber exigido conforme a su legislación general, o del importe reducido conforme a las disposiciones del Convenio (por ejemplo, la limitación de tipos prevista en los artículos 10 y 11 para dividendos e intereses), incluso si el Estado de la fuente ha renunciado a todo o parte del impuesto en virtud de disposiciones especiales para estimular su desarrollo económico;

b) como contrapartida por la reducción del impuesto aceptada por el Estado de la fuente, el Estado de residencia acepta permitir la deducción contra su propio impuesto de un importe (en parte ficticio) determinado aplicando un tipo más elevado;

c) el Estado de residencia deja exentas las rentas que se han beneficiado de incentivos fiscales en el Estado de la fuente.

75. Un informe de 1998 del Comité de Asuntos Fiscales denominado "Imputación de impuestos «ahorrados»: una revisión"[4] ("Tax Sparing: a Reconsideration" / "Les crédits d'impôt fictifs - un réexamen de la question") analiza las consideraciones de política fiscal que subyacen a las cláusulas de imputación de impuestos "ahorrados", así como a su redacción. El informe identifica cierto número de preocupaciones que cuestionan la utilidad general de permitir la desgravación de impuestos "ahorrados". Estas preocupaciones se refieren, en particular, a:

— la posibilidad de abusos que presenta la imputación de impuestos "ahorrados";

— la eficacia de la imputación de impuestos "ahorrados" como instrumento de ayuda exterior para promover el desarrollo económico del país de la fuente; y

— inquietud general por cómo la imputación de impuestos "ahorrados" pueda animar a los Estados a hacer uso de incentivos fiscales.

76. La experiencia ha demostrado que la imputación de impuestos "ahorrados" es muy vulnerable a los abusos por parte de los contribuyentes, lo que puede resultar muy costoso en términos de pérdida de ingresos tanto para el Estado de residencia como para el Estado de la fuente. Es difícil detectar esta clase de abuso; además, incluso cuando se detecta, al Estado de residencia le resulta difícil reaccionar rápidamente para contrarrestarlo. El proceso para eliminar o modificar las cláusulas de imputación de impuestos "ahorrados", a fin de evitar tales abusos, suele resultar lento y complejo.

77. Además, la imputación de impuestos "ahorrados" no es necesariamente un instrumento efectivo para promover el desarrollo económico. En la mayoría de los casos, la reducción o la supresión de la ventaja que otorga el incentivo fiscal concedido por el Estado de residencia se producirán únicamente en la medida en que se repatríen los beneficios. Al fomentar la repatriación de beneficios, la imputación de impuestos "ahorrados" puede suponer un incentivo para que los inversores extranjeros realicen operaciones de inversión a corto plazo y un desincentivo para operar a largo plazo en el Estado de la fuente. Asimismo, los sistemas de crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero están normalmente concebidos de forma

[4] Informe reproducido en el volumen II de la versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*, en la página R(14)-1.

que permitan al inversor extranjero, al computar su crédito fiscal, compensar hasta cierto punto la reducción de impuestos derivada de un determinado incentivo fiscal con los impuestos más elevados pagados en ese país u otro de forma que, en definitiva, no se recauden otros impuestos adicionales en el Estado de residencia como consecuencia del incentivo fiscal.

78. Por último, la acelerada integración de las economías nacionales ha hecho que muchos segmentos de las bases imponibles nacionales sean cada vez más móviles geográficamente. Esta evolución ha llevado a que algunos Estados adopten regímenes fiscales que tienen como principal objetivo la erosión de las bases imponibles de otros países. Estos tipos de incentivos fiscales están diseñados específicamente pensando en los servicios financieros de gran movilidad y otros servicios particularmente sensibles a los diferenciales fiscales. Los efectos potencialmente dañinos de estos regímenes pueden verse agravados por la existencia en los convenios de disposiciones sobre imputación de impuestos "ahorrados" deficientemente diseñadas. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado adopta un régimen fiscal con posterioridad a la firma de un convenio y lo adapta de forma que entre en el marco de las disposiciones vigentes sobre imputación de impuestos "ahorrados".

78.1. El Comité concluyó que los Estados miembros no deben abstenerse necesariamente de adoptar cláusulas sobre imputación de impuestos "ahorrados". No obstante, sí expresó su opinión en el sentido de que la imputación de impuestos "ahorrados" debería considerarse únicamente en relación con Estados cuyo nivel económico sea considerablemente inferior al de los Estados miembros de la OCDE. Los Estados miembros de la OCDE deben emplear criterios económicos objetivos para determinar cuáles son los Estados que pueden optar a las cláusulas sobre imputación de impuestos "ahorrados". Si los Estados están de acuerdo en incluir una disposición relativa a la imputación de impuestos "ahorrados", se les anima a que sigan las pautas marcadas en la sección VI del Informe sobre la imputación de impuestos "ahorrados". Al aplicar estas "buenas prácticas" se minimizarán las posibilidades de su utilización abusiva, garantizando que se aplicarán exclusivamente a inversiones auténticas cuyo objetivo sea el desarrollo de la infraestructura nacional del Estado de la fuente. Una disposición de ámbito limitado, aplicada a la inversión real, también desincentivará la competencia fiscal perjudicial para las actividades que se caracterizan por su movilidad geográfica.

Apartado 2

79. Este apartado se ha añadido para permitir al Estado de residencia retener el derecho a tener en cuenta el importe de la renta o del patrimonio exentos en este Estado al calcular el impuesto aplicable al resto de las rentas o del patrimonio. Este derecho se extiende a las rentas o al patrimonio que sean "gravables exclusivamente" en el otro Estado. El principio de progresividad se preserva así para el Estado de residencia, no solo en relación con las rentas o el patrimonio que "pueden someterse a imposición" en el otro Estado, sino también en relación con las rentas y el patrimonio que sean "gravables exclusivamente" en ese otro Estado. Los Comentarios al apartado 3 del artículo 23 A, relativos al Estado de la fuente, se aplican igualmente al apartado 2 del artículo 23 B.

Observaciones a los Comentarios

80. Como principio, los *Países Bajos* están a favor de resolver las situaciones tanto de doble imposición como de doble no imposición surgidas por conflictos de calificación entre

los Estados contratantes ya que, según los Países Bajos, los Estados contratantes no desean estas situaciones que, por ende, van en contra del objeto y los propósitos de un convenio tributario. No obstante, los Países Bajos no están de acuerdo con la interpretación dada en los párrafos 32.4 y 32.6 a la expresión "conforme a lo dispuesto en este Convenio" en los artículos 23 A y 23 B del Convenio, según la cual, en el caso de que existan conflictos de calificación debidos a diferencias entre las legislaciones nacionales de los países de la fuente y de residencia, prevalecerá, como norma, la calificación dada por el Estado de la fuente a efectos de la aplicación del artículo 23 A o 23 B por el Estado de residencia. Los Países Bajos desean reservarse el derecho a que la solución de los conflictos y las formas de aplicarla dependan de las circunstancias de cada caso y de las relaciones con el Estado contratante afectado. Por lo tanto, los Países Bajos se adhieren a la citada interpretación de los párrafos 32.4 y 32.6 solo y en la medida en que aparezcan explícitamente confirmadas en el convenio concreto, como resultado de un acuerdo amistoso entre las autoridades competentes en el sentido del artículo 25 del Convenio, o como medida unilateral.

81. *Suiza* se reserva el derecho a no aplicar las normas contenidas en el párrafo 32.3 en los casos en que se produzca un conflicto de calificación como resultado de una modificación de la legislación interna del Estado de la fuente posterior a la firma del Convenio.

82. *Estados Unidos* no está de acuerdo con la última frase del apartado 11.1 de los Comentarios.

Reservas al artículo

83. En línea con las reservas planteadas a los apartados 2 y 3 del artículo 1, *Francia* se reserva el derecho a no incluir en el apartado 1 de los artículos 23 A y 23 B las modificaciones introducidas por la actualización de 2017 del Modelo de Convenio Tributario relativas a la eliminación de la doble imposición en presencia de una entidad transparente.

84. *Luxemburgo* se reserva el derecho a no incluir en el apartado 1 las modificaciones introducidas por la actualización de 2017 del Modelo de Convenio Tributario.

85. *Estados Unidos* se reserva el derecho a no introducir en el apartado 1 la frase escrita entre paréntesis (salvo en la medida en que estas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque esa renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado o porque el patrimonio sea también sea también patrimonio propiedad de un residente de ese Estado)". Asimismo, Estados Unidos desea expresar la opinión de que el apartado 1, incluido para abordar la denominada "doble imposición económica" es incompatible con los apartados 1 y 2 de los Comentarios, en los que se explica que el artículo 23 trata únicamente de la denominada "doble imposición jurídica".

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 24
RELATIVO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Observaciones generales

1. Este artículo versa sobre la eliminación de la discriminación tributaria en determinadas circunstancias concretas. Todos los regímenes tributarios diferencian legítimamente en función de, por ejemplo, las distintas obligaciones tributarias o la capacidad de pago. Las disposiciones de este artículo para evitar la discriminación intentan conjugar la necesidad de impedir una discriminación injustificada con la de tener en cuenta esas diferencias legítimas. Por ello, no deben forzarse indebidamente sus disposiciones para que incluyan la denominada discriminación "indirecta". Por ejemplo, aun cuando el apartado 1, que trata sobre la discriminación en función de la nacionalidad, impediría que se aplicara un tratamiento diferenciado que encubra realmente una forma de discriminación basada en la nacionalidad, como por ejemplo un tratamiento discriminatorio de las personas físicas dependiendo de si tienen o no pasaporte emitido por el Estado, o de si tienen o no derecho a tenerlo, no cabe argumentar que los no residentes de un Estado determinado comprenden mayoritariamente a personas no nacionales de ese Estado para concluir que, a los efectos de ese apartado, un régimen distinto basado en la residencia constituye una discriminación indirecta en función de la nacionalidad.

2. Del mismo modo, las disposiciones del artículo no pueden interpretarse en el sentido de exigir el tratamiento de nación más favorecida. Cuando un Estado haya suscrito un convenio bilateral o multilateral que suponga beneficios fiscales para los nacionales o residentes del otro u otros Estados contratantes que sean parte del convenio, los nacionales o residentes de un tercer Estado que no sea uno de los Estados contratantes signatarios del convenio no podrán reclamar esos beneficios por razón de una cláusula similar sobre no discriminación contenida en el convenio suscrito entre el tercer Estado y el Estado mencionado en primer lugar. Dado que los convenios tributarios se basan en el principio de reciprocidad, el tratamiento tributario concedido por uno de los Estados contratantes en virtud de un convenio bilateral o multilateral a un residente o nacional de otro Estado contratante que sea parte de ese convenio, por razón de la relación económica concreta entre ambos Estados contratantes, no puede extenderse a un residente o nacional de un tercer Estado en virtud de la cláusula de no discriminación del convenio entre el primer y tercer Estados.

3. Las distintas disposiciones del artículo 24 impiden las diferencias en el tratamiento fiscal basadas exclusivamente en ciertos motivos concretos (por ejemplo, la nacionalidad en el caso del apartado 1). Por tanto, para que estos apartados resulten aplicables, los restantes aspectos relevantes deben coincidir. Las distintas disposiciones del artículo 24 utilizan diversas expresiones para lograr ese resultado (por ejemplo, "en las mismas condiciones" en los apartados 1 y 2; "que realicen las mismas actividades" en el apartado 3; "empresas similares" en el apartado 5). Del mismo modo, si bien el artículo busca eliminar las distinciones basadas exclusivamente en ciertos hechos, no pretende conceder a los nacionales extranjeros, no residentes, que sean empresas de otros Estados o empresas nacionales que posean o controlen no residentes, un tratamiento tributario más favorable que el concedido a los nacionales, residentes o empresas nacionales que posean o controlen los residentes (véase, por ejemplo, el párrafo 34 más adelante).

4. Finalmente, como se ilustra en el párrafo 79 más adelante, las disposiciones del artículo deben leerse en el contexto de los restantes artículos del Convenio, de forma que no quepa considerar que las normas impuestas o expresamente autorizadas por las disposiciones del articulado del Convenio infringen lo dispuesto en este artículo, aun cuando se apliquen únicamente, por ejemplo, en relación con pagos a no residentes. Al contrario, sin embargo, el hecho de que una medida concreta no contravenga las disposiciones del artículo, no significa que el Convenio la autorice, dado que esa medida puede contravenir otros artículos del Convenio.

Apartado 1

5. Este apartado establece el principio de que, en materia fiscal, están prohibidas las discriminaciones en razón de la nacionalidad y que, si hay reciprocidad, los nacionales de un Estado contratante no pueden recibir en el otro Estado contratante un trato menos favorable que el aplicado a los nacionales de este último Estado que se encuentren en las mismas condiciones.

6. Es importante destacar que el principio de no discriminación, bajo denominaciones diferentes y ámbitos más o menos amplios, venía aplicándose en las relaciones fiscales internacionales mucho antes de la aparición, a fines del siglo XIX, de los convenios de doble imposición de tipo clásico. Dicho principio aparece en numerosos acuerdos de diferente naturaleza (convenios consulares o de establecimiento, tratados de amistad, de comercio, etc.) suscritos por los Estados, sobre todo en el siglo XIX, para reforzar o extender la protección diplomática de sus nacionales, allí donde residiesen, mediante cláusulas por las que cada Estado contratante asumía el compromiso de procurar a los nacionales del otro Estado igualdad de trato respecto a sus propios nacionales. El hecho de que estas cláusulas llegaran a incorporarse en los convenios de doble imposición no modificó en absoluto su razón de ser y su ámbito originarios. El texto del apartado 1 prevé que su campo de aplicación no está limitado, por aplicación del artículo 1, únicamente a los nacionales residentes de un Estado contratante, sino que por el contrario se extiende a todos los nacionales de cada uno de los Estados contratantes, sean o no residentes de uno de ellos. Dicho de otro modo, todos los nacionales de un Estado contratante tienen el derecho de invocar, frente al otro Estado contratante, el beneficio de esta disposición. Esto es especialmente válido para los nacionales de los Estados contratantes que no son residentes de ninguno de ellos, sino de un tercer Estado.

7. La expresión “en las mismas condiciones” se refiere a los contribuyentes (personas físicas, personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones) que se encuentren en condiciones de derecho y hecho sustancialmente similares en relación con la aplicación de la legislación y reglamentación fiscal de carácter general. La expresión “en particular con respecto a la residencia” aclara que la residencia del contribuyente es uno de los factores relevantes para determinar si los contribuyentes se encuentran en condiciones similares. La expresión “en las mismas condiciones” permitiría por sí sola concluir que no se encuentran en las mismas condiciones un contribuyente residente y otro no residente de un mismo Estado contratante. De hecho, aunque la expresión “en particular con respecto a la residencia” no figuraba ni en el Proyecto de Convenio de 1963, ni en el Modelo de Convenio de 1977, los países miembros, al aplicar e interpretar la expresión “que se encuentren en las mismas condiciones” han considerado, sistemáticamente, que la residencia del contribuyente debe tenerse en cuenta. En este sentido, al revisar el Modelo de Convenio, el Comité de Asuntos Fiscales consideró que hacer referencia explícita a la residencia de los contribuyentes sería una aclaración útil, puesto

que evitaría cualquier posible duda en cuanto a la interpretación que se ha de dar, a este respecto, a la expresión "que se encuentren en las mismas condiciones".

8. Por tanto, al aplicar el apartado 1, la cuestión subyacente es determinar si se trata de forma distinta a dos personas residentes en el mismo Estado solo por tener una nacionalidad diferente. Por consiguiente, si un Estado contratante, al conceder desgravaciones por razón de cargas familiares, distingue entre sus propios nacionales en función de que residan o no en su territorio, no puede obligarse a ese Estado a conceder a los nacionales del otro Estado no residentes de su territorio el trato reservado para sus nacionales residentes, pero debe concederles el mismo régimen del que se benefician sus nacionales residentes del otro Estado. Del mismo modo, el apartado 1 no se aplica cuando un nacional de un Estado contratante (Estado R) que es, además, residente de dicho Estado R, está sometido a imposición en el otro Estado contratante (Estado F) de forma menos favorable que un nacional del Estado F residente de un tercer Estado (por ejemplo, como resultado de la aplicación de disposiciones destinadas a desincentivar la utilización de paraísos fiscales) puesto que estas dos personas no se encuentran en las mismas condiciones con respecto a la residencia.

9. La expresión "en las mismas condiciones" puede referirse, en ciertos casos, a la situación fiscal de una persona. Sería así, por ejemplo, cuando un país sometiera a sus nacionales, o a parte de ellos, a unas obligaciones fiscales más amplias que a los no nacionales (característica propia de, por ejemplo, el sistema fiscal estadounidense). En tanto que ese régimen no constituya en sí mismo una contravención del apartado 1, no cabe argumentar que los no nacionales de ese Estado están en las mismas circunstancias que sus nacionales a los efectos de la aplicación de las restantes disposiciones de la legislación tributaria interna de ese Estado, en relación con las que la sujeción plena o limitada de un contribuyente sería determinante (por ejemplo, para la concesión de desgravaciones personales).

10. Igualmente, las disposiciones del apartado 1 no deben interpretarse en el sentido de obligar a un Estado, que concede beneficios fiscales especiales a sus propios organismos o servicios públicos en razón de su naturaleza, a extender estos privilegios a los organismos y servicios públicos del otro Estado.

11. Tampoco deben interpretarse en el sentido de obligar a un Estado que concede ventajas fiscales especiales a instituciones privadas sin ánimo de lucro que realizan actividades de utilidad pública propias de ese Estado, a extender dichas ventajas a instituciones similares cuyas actividades no redunden a favor del mismo.

12. En el primer caso, en efecto, las inmunidades fiscales que un Estado concede a sus propios organismos y servicios públicos se justifican por el hecho de que estos organismos y servicios constituyen partes integrantes del mismo y su situación en ningún caso es comparable a la de los organismos y servicios públicos del otro Estado. Se precisa, sin embargo, que esta reserva no es aplicable a personas jurídicas de derecho público dedicadas a la explotación de empresas de carácter económico. En la medida que estas son asimilables a empresas mercantiles de derecho privado se les aplicarán las disposiciones del apartado 1.

13. En el segundo caso, los beneficios fiscales que un Estado concede a ciertas instituciones privadas sin ánimo de lucro tienen evidentemente su fundamento en la propia naturaleza de la actividad ejercida por estas instituciones y en el beneficio que reportan a este Estado y a sus nacionales.

14. Por otra parte, el apartado 1 se ha redactado deliberadamente de forma negativa. Al establecer que los nacionales de un Estado contratante no podrán estar sujetos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de este otro Estado contratante que se encuentren en las mismas condiciones, el apartado obliga lo mismo que si ordenase a los Estados contratantes conceder el mismo trato a sus respectivos nacionales. Pero siendo el objetivo esencial de la cláusula prohibir que un Estado discrimine en contra de los nacionales del otro Estado, nada se opone a que el primer Estado conceda ciertas ventajas o facilidades a los extranjeros que no se apliquen a sus propios nacionales, por consideraciones particulares o por adaptarse a una cláusula particular estipulada en un Convenio de doble imposición, como el requisito de que la imposición de los beneficios de los establecimientos permanentes se realice de conformidad con el artículo 7. Tal como está redactado, el apartado 1 no impide esta posibilidad.

15. Sin perjuicio de la observación anterior, la expresión "... no estarán sujetos... a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos..." significa que la imposición aplicada a nacionales y extranjeros que se encuentren en la misma situación debe ser la misma tanto por lo que respecta a la base de cálculo como al método de liquidación, que el tipo debe ser el mismo y, por último, que las formalidades de su exacción (declaración, pago, plazos, etcétera) no pueden ser más gravosas para los extranjeros que para los nacionales.

16. Por razón de las relaciones jurídicas que se establecen entre la sociedad y el Estado conforme a cuyas normas se constituye y que, desde diversas perspectivas, se asemejan mucho a la relación por cuestión de nacionalidad en el caso de las personas físicas, se ha considerado apropiado no tratar las personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones en una disposición especial, sino asimilarlas a las personas físicas en el apartado 1. Este resultado se consigue a través de la definición del término "nacional" en el subapartado *g)* del apartado 1 del artículo 3.

17. En virtud de esa definición, en el caso de personas jurídicas tales como una sociedad, la expresión "nacional de un Estado contratante" significa una persona jurídica "cuya condición como tal se ajuste a la legislación vigente en ese Estado contratante". Una sociedad normalmente obtiene su condición como tal de la legislación vigente en el Estado en el que se ha constituido o registrado. Sin embargo, de acuerdo con la legislación interna de muchos países, la constitución o el registro constituyen el criterio, o uno de los criterios, determinantes de la residencia de las sociedades a los efectos del artículo 4. Dado que el apartado 1 del artículo 24 impide un tratamiento diferenciado en función de la nacionalidad, pero únicamente en relación con las personas o entidades que estén "en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia", es importante distinguir, a los efectos de este apartado, un tratamiento diferenciado en función únicamente de la nacionalidad de otro que esté relacionado con otras circunstancias y, en concreto, la residencia. Como se explica en los párrafos 7 y 8 anteriores, el apartado 1 prohíbe únicamente la discriminación basada en la nacionalidad y exige que los restantes factores pertinentes, comprendida la residencia de la entidad, coincidan. La diferenciación en el trato entre residentes y no residentes es una característica esencial de los sistemas tributarios nacionales y de los convenios tributarios. Cuando el artículo 24 se lee en el contexto de los restantes artículos del Convenio, la mayoría de los cuales establecen regímenes distintos para los residentes y los no residentes, resulta

obvio que dos sociedades que no residen en el mismo Estado a los efectos del Convenio (según lo dispuesto en el artículo 4) normalmente no están en las mismas condiciones a los efectos del apartado 1.

18. No obstante, a pesar de que residentes y no residentes no están normalmente en las mismas condiciones a los efectos del apartado 1, es obvio que esto no ocurre cuando la residencia no tiene relevancia alguna por lo que respecta a las diferencias en el tratamiento que se estén considerando.

19. Los siguientes ejemplos ilustran esos principios.

20. Ejemplo 1: en virtud de la ley del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado o que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado, son residentes del mismo. En virtud de la ley del impuesto sobre la renta en el Estado B, solo son residentes del mismo las sociedades que tengan en él su sede de dirección efectiva. El convenio tributario entre el Estado A y el Estado B es idéntico a este Modelo de Convenio. La legislación fiscal del Estado A establece que los dividendos pagados a una sociedad constituida en ese país por otra sociedad constituida en ese país están exentos de imposición. Dado que una sociedad constituida en el Estado B que tuviera su sede de dirección efectiva en el Estado A sería residente del Estado A a los efectos del Convenio entre los Estados A y B, el hecho de que los dividendos pagados a dicha sociedad por una sociedad constituida en el Estado A no puedan optar a esta exención, a pesar de que la sociedad perceptora de los mismos esté en las mismas condiciones que una sociedad constituida en el Estado A por lo que a la residencia respecta, contravendría el apartado 1 en ausencia de otras condiciones diferenciadoras.

21. Ejemplo 2: en virtud de la ley del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del mismo y las constituidas en el extranjero son no residentes. El Convenio suscrito entre el Estado A y el Estado B es idéntico a este Modelo de Convenio salvo en que el apartado 3 del artículo 4 prevé que si una persona jurídica es residente de ambos Estados en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de ese artículo, se considerará que esa persona jurídica es residente del Estado en el que se haya constituido. La legislación fiscal del Estado A establece que los dividendos pagados a una sociedad constituida en ese país por otra sociedad constituida en ese país están exentos de imposición. El apartado 1 no hace extensivo ese tratamiento a los dividendos pagados a una sociedad constituida en el Estado B. Aunque una sociedad constituida en el Estado A y una sociedad constituida en el Estado B que perciba dichos dividendos reciban un trato distinto, estas sociedades no están en las mismas condiciones por lo que respecta a su residencia, siendo la residencia un factor determinante en este caso (como puede inferirse, por ejemplo, del apartado 5 del artículo 10, que impediría la imposición ulterior de los dividendos pagados por una sociedad no residente, pero no los pagados por una sociedad residente).

22. Ejemplo 3: según la ley del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del mismo. En virtud de la legislación fiscal del Estado B, las sociedades que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado son residentes del mismo. El convenio tributario entre el Estado A y el Estado B es idéntico a este Modelo de Convenio. La legislación fiscal del Estado A prevé que una sociedad no residente, que resida en un Estado con el que el Estado A no tenga un convenio tributario que permita el intercambio de información en materia tributaria, está sujeta a un impuesto anual del 3 por ciento sobre el valor de sus bienes inmuebles, en lugar de a un impuesto sobre la renta neta que

provenga de dichos bienes. Una sociedad constituida en el Estado B, pero que sea residente de un Estado con el que el Estado A no tenga un convenio tributario que permita el intercambio de información tributaria, no puede argumentar que el apartado 1 impide la aplicación del impuesto del 3 por ciento exigido por el Estado A al aplicársele un trato distinto del otorgado a una sociedad constituida en el Estado A. En ese caso y por lo que a la residencia se refiere, tal sociedad no estará en las mismas condiciones que una sociedad constituida en el Estado A, siendo la residencia un factor determinante (por ejemplo, a los efectos de acceder a la información necesaria para comprobar la renta neta procedente del bien inmueble que obtiene un contribuyente no residente).

23. Ejemplo 4: en virtud de la ley del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del Estado A y las sociedades constituidas en el extranjero son no residentes. El convenio tributario suscrito entre el Estado A y el Estado B es idéntico a este Modelo de Convenio, excepto por que el apartado 3 del artículo 4 establece que si una persona jurídica es residente de ambos Estados en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de ese artículo, se considerará que dicha persona jurídica es residente del Estado en el que se haya constituido. En virtud de la ley del impuesto aplicable a sueldos y salarios del Estado A, todas las sociedades que emplean a trabajadores residentes están sujetas al impuesto, sin hacer distinción en función de la residencia del empleador, pero prevé que únicamente las sociedades constituidas en el Estado A pueden beneficiarse de un tipo impositivo inferior del impuesto. En ese caso, el hecho de que una sociedad constituida en el Estado B no tenga la misma residencia que una sociedad constituida en el Estado A a los efectos del convenio entre A y B, no tiene importancia alguna respecto del distinto tratamiento aplicado en virtud del impuesto sobre sueldos y salarios y, por tanto, esta diferencia de tratamiento contravendría el apartado 1 en ausencia de otras condiciones diferenciadoras.

24. Ejemplo 5: en virtud de la ley del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado o que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado son residentes del mismo y las sociedades que no satisfagan alguna de estas dos condiciones son no residentes. Conforme a la ley del impuesto sobre la renta del Estado B, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del mismo. El convenio tributario suscrito entre el Estado A y el Estado B es idéntico a este Modelo de Convenio, excepto en que el apartado 3 del artículo 4 prevé que si una persona jurídica es residente de ambos Estados en virtud del apartado 1 de ese artículo, se considerará que esa persona jurídica es residente únicamente del Estado en que se haya constituido. La legislación fiscal del Estado A establece además que las sociedades que se hayan constituido y que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado tienen derecho a consolidar su renta con fines tributarios si forman parte de un grupo de sociedades con accionistas comunes. La sociedad X, constituida en el Estado B, pertenece al mismo grupo que dos sociedades constituidas en el Estado A y todas ellas tienen su dirección efectiva en el Estado A. Dado que no se constituyó en el Estado A, la sociedad X no puede consolidar su renta con la de las otras dos sociedades.

25. En ese caso, incluso si la sociedad X es residente del Estado A en virtud de su legislación interna, no lo es a los efectos del Convenio en virtud del apartado 3 del artículo 4. Por tanto, no estará en las mismas condiciones que las otras sociedades del grupo por lo que respecta a su residencia y el apartado 1 no le permitirá obtener los beneficios de la consolidación, incluso si la diferencia en el tratamiento proviene del hecho de que la sociedad X no se ha constituido en el Estado A. Es obvio que la residencia de la sociedad X es importante en

relación con los beneficios de la consolidación, dado que ciertas disposiciones del Convenio, como los artículos 7 y 10, impedirían al Estado A gravar ciertos tipos de rentas obtenidas por la sociedad X.

Apartado 2

26. Un cierto número de Estados suscribió el 28 de septiembre de 1954, en Nueva York, un Convenio sobre la situación de los apátridas. El artículo 29 de dicho Convenio prescribe que estos deben recibir el trato de nacionales. Entre los firmantes del Convenio se encuentran bastantes países miembros de la OCDE.

27. No obstante, hay que reconocer que las disposiciones del apartado 2 permiten, en un convenio bilateral, ampliar el tratamiento de nacionales a los apátridas que, por encontrarse en una de las situaciones previstas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Convenio de 28 de septiembre de 1954, no están amparados por dicho Convenio. Tal es principalmente el caso, por un lado, de las personas beneficiarias, en el momento de la firma del citado Convenio, de protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y, por otro, de las personas residentes de un país titulares de los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

28. El objeto del apartado 2 es limitar el ámbito de la cláusula de igualdad de trato con los nacionales de un Estado contratante exclusivamente a los apátridas residentes de este Estado o del otro Estado contratante.

29. Por ello, al excluir a los apátridas no residentes en uno u otro Estado contratante, la cláusula evita que se privilegie a estas personas en un Estado en comparación con los nacionales del otro Estado.

30. Sin embargo, si los Estados consideran deseable en sus relaciones bilaterales extender el alcance del apartado 2 a todos los apátridas, sean o no residentes de un Estado contratante, de manera que estas personas se beneficien en todo caso del trato más favorable otorgado a los nacionales del referido Estado, bastará adoptar para ello el texto siguiente, que no implica la condición de residente de un Estado contratante:

> No obstante las disposiciones del artículo 1, los apátridas no estarán sujetos en un Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.

31. Es posible que algunos Estados consideren excesivamente liberales las disposiciones del apartado 2 en la medida en que legitiman a los apátridas residentes de un Estado para reclamar igualdad de trato no solo en el otro Estado, sino también en el Estado de residencia, beneficiándose así particularmente en este Estado de las disposiciones de los convenios de doble imposición suscritos con terceros Estados. Los Estados que deseen evitar esta última consecuencia tienen libertad para modificar el apartado 2 como sigue:

> Los apátridas residentes de un Estado contratante no estarán sujetos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.

32. Finalmente, debe entenderse que la definición del término "apátrida" utilizada a efectos de tal cláusula solo puede ser la establecida en el apartado 1 del artículo 1 del Convenio de 28 de septiembre de 1954, que lo define "persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación"

Apartado 3

33. En sentido estricto, el tipo de discriminación con la que pretende acabar este apartado es aquella que no se basa propiamente en el concepto de nacionalidad sino en el del lugar donde está realmente establecida una empresa. Afecta, por tanto, sin distinción y cualquiera que sea su nacionalidad, a todos los residentes de un Estado contratante que tengan establecimientos permanentes en el otro Estado contratante.

34. En primer lugar, parece necesario aclarar que la redacción de la primera frase del apartado 3 debe interpretarse en el sentido de que no constituye discriminación gravar, por razones de orden práctico, a las personas no residentes de manera diferente de las personas residentes, siempre que esto no determine una imposición más gravosa para las primeras que para las segundas. Por la forma negativa en que se ha redactado esta la disposición, lo único que cuenta es el resultado, siendo posible adaptar las modalidades de imposición a las circunstancias particulares en que se exige. Por ejemplo, el apartado 3 no impide la aplicación de mecanismos específicos a los únicos fines de determinar los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente. El apartado debe leerse en el contexto del Convenio y, en concreto, del apartado 2 del artículo 7 que establece que los beneficios atribuibles al establecimiento permanente son aquellos que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones. Obviamente, no podrá considerarse que las normas o prácticas administrativas tendentes a determinar los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente sobre la base de lo exigido en el apartado 2 del artículo 7 contravienen el apartado 3, que se basa en el mismo principio, dado que este exige que la imposición del establecimiento permanente no sea menos favorable que la de una empresa de ese país que realice actividades similares.

35. Según los términos de la primera frase del apartado 3, la imposición de un establecimiento permanente no debe resultar menos favorable en el Estado considerado que la exigida a las empresas de este Estado que realicen las mismas actividades. El propósito de esta disposición es suprimir toda discriminación en el trato de los establecimientos permanentes en comparación con las empresas residentes que pertenezcan al mismo sector de actividad, respecto de los impuestos basados en las actividades económicas, y especialmente los impuestos sobre los beneficios de dichas actividades económicas.

36. Sin embargo, la segunda frase del apartado 3 especifica las condiciones en las que el principio de igualdad de trato enunciado en la primera frase debe aplicarse a las personas físicas residentes de un Estado contratante que tengan un establecimiento permanente en el otro Estado contratante. Pretende evitar sobre todo que esas personas obtengan ventajas superiores a las de los residentes por razón de su derecho a las deducciones personales y desgravaciones por cargas familiares que se les concederían tanto en el Estado del que son residentes, por aplicación de la ley interna, como en el otro Estado, en virtud del principio de igualdad de trato. En consecuencia, deja al Estado en que está situado el establecimiento permanente la facultad de conceder o no a las personas interesadas las deducciones y des-

gravaciones personales en la proporción que el importe de los beneficios del establecimiento permanente guarde con la renta mundial imponible en el otro Estado.

37. También es obvio que, a los efectos del apartado 3, el tratamiento tributario otorgado por un Estado contratante a un establecimiento permanente de una empresa del otro Estado contratante debe compararse al de una empresa del Estado mencionado en primer lugar que tenga una estructura jurídica similar a la de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente. Así, por ejemplo, el apartado 3 no exige a un Estado aplicar a los beneficios del establecimiento permanente de una empresa explotada por una persona física no residente el mismo tipo impositivo que resulte aplicable a una empresa de ese Estado explotado por una sociedad residente.

38. Del mismo modo, las actividades reguladas y no reguladas no son, en términos generales, "las mismas actividades" a los efectos del apartado 3. Así, por ejemplo, el apartado 3 no requiere que la imposición de un establecimiento permanente cuyas actividades comprendan la obtención y concesión de préstamos de dinero, pero que no está registrado como un banco, no sea menos favorable que la de los bancos de ese Estado, dado que el establecimiento permanente no desarrolla las mismas actividades. Otro ejemplo lo constituirían las actividades desarrolladas por un Estado o por sus organismos públicos que, al estar controladas por el Estado, no pueden considerarse, a los efectos del apartado 3, similares a las actividades desarrolladas por una empresa del otro Estado a través de un establecimiento permanente.

39. En cuanto a la primera frase, la experiencia ha demostrado que era muy difícil definir de modo claro y completo la esencia del principio de igualdad de trato, lo que ha llevado a profundas diferencias de opinión a propósito de las múltiples consecuencias que entraña este principio. El principal motivo de tales dificultades parece tener su origen en la propia naturaleza del establecimiento permanente, que no es una entidad jurídica distinta, sino solamente una parte de una empresa que tiene su sede en otro Estado. La situación del establecimiento permanente es diferente de la de una empresa nacional constituida por una sola entidad y cuyas actividades, y las consecuencias fiscales de estas últimas están totalmente circunscritas al ámbito del Estado donde tiene su sede. A continuación se examinan las consecuencias de la cláusula de igualdad de trato respecto de varios aspectos de la aplicación del impuesto.

A. Determinación del impuesto

40. En relación con la base de cálculo del impuesto, el principio de igualdad de trato entraña normalmente las siguientes consecuencias:

a) Debe reconocerse a los establecimientos permanentes el mismo derecho que la legislación tributaria concede a las empresas residentes a deducir del beneficio imponible los gastos de explotación. Esta deducción debe permitirse sin otras restricciones que las impuestas a las empresas residentes (véanse asimismo los párrafos 33 y 34 de los Comentarios al artículo 7).

b) Debe permitirse a los establecimientos permanentes las mismas facilidades en materia de amortizaciones y provisiones. Deben tener derecho a beneficiarse sin restricción no solo de las posibilidades de amortización concedidas normalmente a las empresas (amortización lineal y decreciente), sino también de los regímenes especiales existentes en cierto número de países (amortizaciones masivas, acele-

radas, etc.). Tratándose de provisiones, hay que destacar que a menudo se autorizan para fines distintos de la compensación –de acuerdo con los principios de la contabilidad comercial– de depreciaciones de activos, gastos o pérdidas no incurridos todavía pero que las circunstancias harán posibles en un futuro próximo. Así, en algunos países las empresas tienen derecho a constituir, con cargo al beneficio imponible, provisiones o "reservas" para inversión. Cuando todas las empresas, o todas las de un sector de actividad, pueden disfrutar este derecho, debería estar disponible también, en las mismas condiciones, para las empresas no residentes respecto de sus establecimientos permanentes situados en el Estado considerado, en la medida en que dicho establecimiento esté sujeto a imposición en ese Estado, al igual que las actividades a las que corresponden estas provisiones o "reservas".

c) También se debe conceder a los establecimientos permanentes la opción de la que disfrutan en la mayoría de los países las empresas residentes de trasladar las pérdidas habidas al cierre de un ejercicio a los resultados de ejercicios siguientes o anteriores dentro de un cierto período (por ejemplo, cinco años). No es necesario precisar que, en el caso de establecimientos permanentes, son las pérdidas habidas en su propia actividad económica las que generan el derecho de traslado a ejercicios futuros.

d) Deben aplicarse a los establecimientos permanentes las mismas reglas que a las empresas residentes en lo que se refiere a la imposición de las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de activos durante la actividad o en su cese.

41. Como se expresó claramente en el subapartado *c*) anterior, el principio de igualdad de trato del apartado 3 se aplica únicamente a la imposición de la actividad propia del establecimiento permanente. Este principio, por tanto, se limita a una comparación entre las normas que rigen la imposición de la actividad propia del establecimiento permanente y las que resulten aplicables a las actividades económicas similares que realice una empresa independiente que sea residente. No es extensivo a las normas que tengan en cuenta la relación entre empresas (por ejemplo, aquellas que permiten la consolidación, el traslado de pérdidas o las transmisiones de propiedad libres de impuestos entre sociedades que pertenezcan a los mismos propietarios) ya que estas últimas no se centran en la imposición de la actividad propia de la empresa que sea similar a la del establecimiento permanente, sino en la imposición de las empresas residentes que formen parte de un grupo de empresas asociadas. Habitualmente estas normas garantizan el cumplimiento con las obligaciones tributarias o simplifican su administración en el seno de un grupo nacional. De ello se deduce, por tanto, que no resulta aplicable el principio de igualdad de trato. Por el mismo motivo, las normas relacionadas con la distribución de los beneficios de una empresa residente no pueden aplicarse a los establecimientos permanentes en virtud del apartado 3, dado que no tienen relación con la actividad económica del establecimiento permanente (véase el párrafo 59 más adelante).

42. Del mismo modo, es obvio que la aplicación de las normas sobre precios de transferencia, basadas en el criterio de plena competencia, a las transferencias realizadas desde el establecimiento permanente a su sede central (o viceversa) no puede considerarse una contravención del apartado 3, aun cuando dichas normas no se apliquen a las transferencias internas habidas en una empresa del Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente. Naturalmente, el apartado 2 del artículo 7 regula la aplicación del crite-

rio de plena competencia para la determinación de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, y ese apartado forma parte del contexto en el que debe interpretarse el apartado 3 del artículo 24. Igualmente, dado que el artículo 9 autorizaría la aplicación del criterio de plena competencia a las transferencias entre una empresa nacional y una empresa extranjera relacionada con ella, no cabe considerar que su aplicación en el caso de un establecimiento permanente conduzca a una tributación menos favorable que la impuesta a una empresa del Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente.

43. Aunque las citadas reglas generales rara vez presentan dificultades en relación con el principio de no discriminación, no constituyen un listado exhaustivo de las posibles consecuencias derivadas de ese principio en relación con la determinación de la base imponible. La aplicación de ese principio puede resultar menos clara en el caso de los incentivos fiscales que conceden la mayoría de los países afectados por problemas de descentralización industrial, desarrollo de regiones económicamente menos desarrolladas o promoción de nuevas actividades necesarias para la expansión de la economía, a fin de solventar estos problemas por medio de exenciones, reducciones u otras ventajas fiscales concedidas a empresas cuyas inversiones se ajustan a los objetivos oficiales.

44. Como tales medidas responden a objetivos directamente vinculados con la actividad económica de un Estado, es lógico conceder sus beneficios a los establecimientos permanentes de las empresas del otro Estado, ligado con el Estado mencionado en primer lugar mediante un Convenio de doble imposición que contenga las disposiciones del artículo 24, desde el momento en que se le reconoce el derecho a ejercer una actividad económica en este Estado en virtud de su legislación o de un acuerdo internacional (tratado de comercio, de establecimiento, etc.) firmado entre los dos Estados.

45. Debe precisarse, sin embargo que, aunque las empresas no residentes tengan el derecho a obtener en el Estado considerado los citados beneficios fiscales, han de cumplir las mismas condiciones y requisitos que las empresas residentes. Por tanto, pueden verse privadas de tales ventajas si sus establecimientos permanentes no pueden o no quieren cumplir las condiciones y requisitos especiales determinantes de su concesión.

46. Igualmente, es obvio que las empresas no residentes no tienen derecho a los beneficios fiscales ligados a actividades cuyo ejercicio está estrictamente reservado, por razones de interés nacional, defensa, protección de la economía nacional, etc., a empresas nacionales, ya que las empresas no residentes no pueden ejercer tales actividades.

47. Finalmente, no cabe interpretar las disposiciones del apartado 3 en el sentido de obligar a un Estado que concede ventajas fiscales especiales a instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de utilidad pública propias de ese Estado, a extender dichas ventajas a los establecimientos permanentes de instituciones similares del otro Estado cuyas actividades no redunden exclusivamente en beneficio público del Estado mencionado en primer lugar.

B. *Régimen especial para los dividendos percibidos por razón de participaciones de las que sean propietarios los establecimientos permanentes*

48. En numerosos países existen reglas particulares para el gravamen de dividendos distribuidos entre sociedades (régimen de sociedades matrices y filiales, *Schachtelprivileg,* regla *non bis in ídem*). La cuestión que se plantea es si los establecimientos permanentes pueden

acogerse igualmente a ese régimen, por aplicación de las disposiciones del apartado 3, respecto de los dividendos de participaciones que formen parte de su activo.

49. En este punto las opiniones difieren. Algunos Estados consideran que este régimen especial debe extenderse a los establecimientos permanentes. En su opinión, este régimen especial se aprobó para evitar la doble imposición de los beneficios generados por una filial y distribuidos a su sociedad matriz. En principio, el impuesto sobre los beneficios debe exigirse una vez, al nivel de la filial cuya actividad los genera. La sociedad matriz estará exenta del impuesto sobre estos beneficios cuando los reciba de su filial o, en aplicación del método de crédito indirecto, podrá beneficiarse de una desgravación correspondiente a la imposición soportada por la filial. Cuando un establecimiento permanente posea acciones a título de inversión directa, este principio implica que el establecimiento permanente perceptor de los dividendos de la filial debería beneficiarse igualmente del régimen especial puesto que la filial ya ha tributado por los beneficios. Por otra parte, es difícilmente concebible, siguiendo esta línea de pensamiento, que sea el Estado donde está situada la sede de la sociedad matriz el que deba eliminar la doble imposición ocasionada por un segundo gravamen en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente. El Estado de la sociedad matriz, en el que no se han llevado a cabo ninguna de las actividades generadoras de los beneficios sometidos a doble imposición, normalmente dejará exentos estos beneficios o los gravará con un impuesto insuficiente para tolerar una doble imputación (es decir, del impuesto sobre los beneficios exigido a la filial y del aplicado al establecimiento permanente). En todo esto se supone que las participaciones que posee el establecimiento permanente están vinculadas efectivamente a su actividad. Además de ello, otra condición obvia es que los beneficios con cargo a los que se distribuyen los dividendos deben haber soportado un impuesto sobre los beneficios.

50. Por el contrario, otros Estados consideran que la asimilación de los establecimientos permanentes a sus propias empresas no implica la obligación de otorgarles este régimen especial, y justifican su posición por diversas razones. La finalidad de dicho régimen especial es evitar la doble imposición económica de los dividendos, y corresponde al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria y no al Estado del establecimiento permanente soportar su coste ya que aquel es el más interesado en el objetivo que se persigue. Otra de las razones planteadas se refiere a la distribución de los ingresos fiscales entre los Estados. La pérdida de recaudación que implica para un Estado la aplicación de este régimen especial se compensa en parte con el gravamen sobre los dividendos en el momento de su redistribución por la sociedad matriz que ha disfrutado de ese régimen (impuesto sobre los dividendos retenido en la fuente, impuesto del accionista). Un Estado que aplicase el citado régimen a los establecimientos permanentes no se beneficiaría de tal contrapartida. Otro argumento formulado es que, cuando la aplicación de este régimen se subordina a una redistribución de los dividendos, su extensión a los establecimientos permanentes no estaría justificada, ya que, en tal caso, el establecimiento permanente, que solo es una parte de una sociedad de otro Estado y no distribuye dividendos, tendrá un régimen más favorable que una sociedad residente. Por último, los Estados que opinan que el apartado 3 no determina la obligación de extender estos regímenes a los establecimientos permanentes sostienen que existe el riesgo de que las sociedades de un Estado puedan transferir sus participaciones en sociedades de otro Estado a sus establecimientos permanentes en ese otro Estado con el único fin de beneficiarse del régimen fiscal especial.

51. Esto no quita que pueda haber razones bien fundadas para que un establecimiento permanente, en lugar de la sede central de la empresa, sea el propietario y gestor de la participación, a saber:

— razones de necesidad originadas principalmente por una obligación legal o reglamentaria que exija a los bancos e instituciones financieras y a las compañías de seguros mantener en depósito en los países donde ejercen sus actividades una cierta cantidad de activos, especialmente de acciones, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones;

— razones de conveniencia, cuando las participadas sean sociedades que mantienen relaciones de negocios con el establecimiento permanente o cuyas sedes centrales estén situadas en el mismo país que este;

— simples razones de comodidad, en línea con la tendencia actual de las grandes empresas a la descentralización de sus tareas de gestión.

52. A la vista de estas divergencias, así como de la existencia de las situaciones descritas, convendría que los Estados precisasen la interpretación que dan a la primera frase del apartado 3 al negociar sus convenios bilaterales. Si lo desean, pueden explicar su posición o modificarla respecto a su práctica anterior, en un protocolo o en cualquier otro documento anexo al Convenio.

53. En tal documento podría también preverse una solución a la objeción mencionada anteriormente, respecto de que la extensión en un Estado (A) del régimen de participaciones a los establecimientos permanentes de sociedades residentes de otro Estado (B) favorecería indebidamente a estas sociedades con un régimen privilegiado en comparación a las demás sociedades que son residentes del mismo Estado y cuyas sedes centrales son titulares de las participaciones en el capital de sociedades residentes del Estado A, pues mientras las primeras pueden repatriar los dividendos sobre sus participaciones sin soportar retención en la fuente, el impuesto se exige sobre los dividendos distribuidos a las segundas a los tipos del 5 o del 15 por ciento, según el caso. La neutralidad del impuesto y la igualdad de las cargas fiscales entre establecimientos permanentes y filiales invocadas por los Estados afectados podrían garantizarse adaptando, en el marco de un convenio bilateral entre los Estados A y B, las disposiciones de los apartados 2 y 4 del artículo 10, de manera que pudiera retenerse en el Estado A el impuesto en la fuente sobre los dividendos pagados por las sociedades residentes de este Estado a los establecimientos permanentes de sociedades residentes del Estado B en las mismas condiciones que si los hubieran recibido directamente, es decir, directamente por sus sedes centrales, y a los tipos:

— del 5 por ciento en caso de una participación de al menos un 25 por ciento;

— del 15 por ciento en todos los demás casos.

54. En el supuesto de que no pudiera aplicarse la retención en la fuente sobre los dividendos pagados a los establecimientos permanentes por falta de disposiciones apropiadas de su legislación interna, podría concederse a tales establecimientos permanentes el régimen reservado para la distribución de dividendos entre sociedades, a condición de limitar su aplicación de tal manera que el impuesto exigido por el Estado de la fuente de los dividendos sea el mismo si los dividendos los percibe el establecimiento permanente de una sociedad residente del otro Estado o si los percibe directamente esta sociedad.

C. Estructura y tipos del impuesto

55. En los países en que las empresas, principalmente las sociedades, están sujetas a un impuesto específico por razón de sus beneficios, las disposiciones del apartado 3 plantean, en relación con el tipo aplicable a los establecimientos permanentes, ciertos problemas específicos relacionados con el hecho de que el establecimiento permanente es solo una parte de una entidad jurídica no sometida a la jurisdicción del Estado donde está situado.

56. Cuando la imposición de los beneficios de sociedades residentes en un Estado se calcule con arreglo a una escala progresiva de tipos, esta escala, en principio, deberá aplicarse a los establecimientos permanentes situados en este Estado. Si al aplicar la escala progresiva de tipos el Estado donde se halla el establecimiento permanente tiene en cuenta los resultados del conjunto de la sociedad a la que pertenece dicho establecimiento permanente, la norma no parece ir en contra del principio de igualdad de trato, dado que las sociedades residentes están, de hecho, sujetas al mismo régimen (véanse los párrafos 55, 56 y 79 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B). Los Estados que apliquen el impuesto a sus sociedades de esta forma podrían entonces precisar el régimen aplicable a los establecimientos permanentes en sus convenios bilaterales.

57. Cuando un régimen de imposición basado en una escala progresiva de tipos incluya una regla conforme a la que a los establecimientos permanentes se les aplica un tipo mínimo, no puede decirse *a priori* que esta norma vaya en contra del principio de igualdad de trato. Los resultados del conjunto de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente deben tenerse en cuenta para determinar el tipo aplicable según la escala progresiva. Únicamente no se estarían respetando las disposiciones de la primera frase del apartado 3 si el tipo mínimo fuera más elevado.

58. Sin embargo, el que los resultados del conjunto de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente se tengan en cuenta para aplicar bien una escala progresiva o un tipo mínimo, no debe entrar en conflicto con el principio de entidad distinta e independiente, conforme al que el resultado del establecimiento permanente debe calcularse siguiendo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7. El importe mínimo del impuesto exigido al establecimiento permanente en el Estado donde está situado es, pues, el que se hubiera exigido si fuera una empresa distinta e independiente sin tener en cuenta los resultados del conjunto de la empresa a la que pertenece. Por tanto, está justificado que el Estado en el que se encuentra el establecimiento permanente aplique la escala progresiva en vigor para las empresas residentes únicamente a los beneficios del establecimiento permanente, sin considerar los resultados del conjunto de la empresa en caso de que estos fuesen menores que los del establecimiento permanente. Asimismo, el Estado puede gravar los resultados del establecimiento permanente a un tipo mínimo, a condición de que este tipo mínimo se aplique igualmente a las empresas residentes, incluso si al tener en cuenta los resultados del conjunto de la empresa a la que pertenece, la imposición fuera menor o nula.

59. Dado que un establecimiento permanente, por su propia naturaleza, no distribuye dividendos, el tratamiento tributario de las distribuciones efectuadas por la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente queda fuera del ámbito del apartado 3. Este apartado se limita a la imposición de los beneficios procedentes de las actividades del propio establecimiento permanente y no entra a considerar la tributación del conjunto de la empresa. Este hecho se constata en la segunda frase del apartado, que confirma que los aspectos tribu-

tarios relacionados con el contribuyente al que pertenece el establecimiento permanente, tales como las deducciones personales y desgravaciones, quedan fuera del ámbito del apartado. Por tanto, las cuestiones relacionadas con los distintos métodos para la integración de los impuestos aplicables a la sociedad y a los accionistas (por ejemplo, el impuesto a cuenta sobre sociedades, *précompte mobilier*, el cálculo de la renta por la que se haya pagado previamente el impuesto *franked income* y los respectivos créditos por impuestos pagados sobre los dividendos) quedan fuera del ámbito del apartado.

60. En algunos Estados, los beneficios de un establecimiento permanente de una empresa de otro Estado contratante tributan a un tipo más elevado que los beneficios de las empresas de ese Estado. Este impuesto adicional, denominado en ocasiones "impuesto sobre sucursales", puede explicarse por el hecho de que, si una filial de una empresa extranjera obtuviera los mismos beneficios que el establecimiento permanente y posteriormente los distribuyera como dividendos, se gravaría un impuesto adicional sobre los mismos conforme al apartado 2 del artículo 10. Cuando tal impuesto se aplica simplemente como un impuesto adicional pagadero por razón de los beneficios del establecimiento permanente, debe considerarse como un impuesto aplicado sobre los beneficios de las actividades del propio establecimiento permanente y no como un impuesto exigido a la empresa en su calidad de propietaria del establecimiento permanente. Un impuesto de esa naturaleza sería contrario a lo dispuesto en el apartado 3.

61. No obstante, hay que distinguir esta situación de aquella en la que se aplicara un impuesto sobre los importes deducidos, por ejemplo en concepto de intereses, al calcular los beneficios del establecimiento permanente (por ejemplo, un impuesto sobre los intereses aplicado a la sucursal); en ese caso el impuesto no se exigiría al propio establecimiento permanente, sino a la empresa a la que se considera que se han pagado los intereses, quedando por tanto fuera del ámbito del apartado 3 (no obstante, dependiendo de las circunstancias, otras disposiciones tales como las de los artículos 7 y 11 pueden resultar oportunas para determinar si el Convenio permite la aplicación de tal impuesto; véase la última frase del apartado 4).

D. Retención en la fuente sobre dividendos, intereses y cánones percibidos por un establecimiento permanente

62. Los dividendos, intereses o cánones percibidos por un establecimiento permanente se rigen, en virtud de las normas contenidas en el apartado 4 de los artículos 10 y 11 y en el apartado 3 del artículo 12, respectivamente, por las disposiciones del artículo 7 y, en consecuencia –sin perjuicio de las observaciones hechas en el párrafo 53 anterior respecto a los dividendos percibidos por las participaciones poseídas por establecimientos permanentes–, dichas rentas se incluyen en los beneficios imponibles de tales establecimientos permanentes (véase el párrafo 74 de los Comentarios al artículo 7).

63. Según los Comentarios referentes a las disposiciones citadas de los artículos 10, 11 y 12 (véanse, respectivamente, los párrafos 31, 24 y 20), estas disposiciones liberan al Estado de la fuente de los dividendos, intereses o cánones percibidos por el establecimiento permanente de aplicar las limitaciones previstas en dichos artículos; lo que significa (y tal es la interpretación generalmente aceptada) que quedan inalterados los derechos del Estado de la fuente, donde el establecimiento permanente está situado, a aplicar su retención al tipo normal del impuesto.

64. Si bien este enfoque no plantea problemas respecto a las disposiciones del apartado 3 del artículo 24 en el caso de países en los que se aplica la retención en fuente sobre el conjunto de esas rentas, independientemente de que se hayan pagado a residentes (cuando se permita a los establecimientos permanentes como a las empresas residentes, compensar esta retención contra el impuesto sobre beneficios devengado en virtud del artículo 7) o a no residentes (sin perjuicio de las limitaciones previstas en los artículos 10, 11 y 12), la situación varía cuando la retención se aplica exclusivamente a las rentas pagadas a los no residentes.

65. En este último supuesto, de hecho, la exacción de la retención es difícilmente conciliable con el principio expuesto en el apartado 3, según el cual los establecimientos permanentes deben ser tratados como empresas residentes a efectos de la tributación de la renta obtenida por su actividad, o normalmente asociada con ella (lo que se reconoce en el caso de los dividendos, intereses y cánones comprendidos en el apartado 4 de los artículos 10 y 11 y en el apartado 3 del artículo 12), y, por consiguiente, estar sujetos exclusivamente al impuesto sobre los beneficios en relación con dichas rentas.

66. En cualquier caso, corresponde a los Estados contratantes que se enfrenten a esas dificultades resolverlas en el marco de sus negociaciones bilaterales, a la vista de sus circunstancias específicas.

E. Imputación de impuestos extranjeros

67. En un contexto afín, cuando los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente comprendan rentas extranjeras es correcto que, en virtud del mismo principio, se conceda al establecimiento permanente un crédito por los impuestos soportados en el extranjero respecto de dicha renta si la legislación interna prevé tal crédito para las empresas residentes.

68. Si en un Estado contratante (A), en el que está situado un establecimiento permanente de una empresa del otro Estado contratante (B), la imputación de los impuestos exigidos en un tercer Estado (C) solo puede efectuarse en virtud de un Convenio, se plantea entonces el problema más general de la extensión a los establecimientos permanentes del beneficio de las disposiciones sobre imputación incluidas en los convenios tributarios firmados con terceros Estados. Si bien el establecimiento permanente no tiene calidad de persona y, por tanto, no tiene derecho a los beneficios de dichos convenios tributarios, esta cuestión sí tiene importancia respecto de la tributación de los establecimientos permanentes; circunstancia que se examina más adelante en los supuestos concretos de los dividendos e intereses.

F. Extensión a los establecimientos permanentes de la aplicación de las cláusulas sobre imputación contenidas en los convenios de doble imposición concluidos con terceros Estados

69. Cuando un establecimiento permanente situado en un Estado contratante de una empresa residente de otro Estado contratante recibe dividendos o intereses procedentes de un tercer Estado, se plantea la cuestión de si (y en qué medida) el Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente debe permitir la deducción del impuesto no recuperable del tercer Estado.

70. Existe consenso sobre el hecho de que en estas situaciones se produce una doble imposición y debe encontrarse un método para eliminarla. La mayoría de los países miembros

están en situación de otorgar el crédito en estos casos, ya sea en virtud de su legislación interna o en aplicación del apartado 3. Los Estados que no puedan conceder el crédito de esta manera o que quieran aclarar la situación, probablemente estarán interesados en completar esta disposición en su Convenio con el Estado contratante del que la empresa es residente mediante una redacción que permita que el Estado en el que está situado el establecimiento permanente impute el impuesto del Estado en el que se originan las rentas, en una cuantía que no exceda de aquella que las empresas residentes del Estado en el que está situado el establecimiento permanente puedan imputar conforme al convenio entre este Estado y el tercer Estado. Si el impuesto que no puede recuperarse, según el convenio entre el tercer Estado y el Estado de residencia de la empresa que tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, es menor que el correspondiente según el convenio entre ese tercer Estado y el Estado contratante en el que está situado el establecimiento permanente, entonces solamente se permitirá la deducción del impuesto más bajo percibido en el tercer Estado. Este resultado puede conseguirse añadiendo lo siguiente después de la primera frase del apartado 3:

> Cuando un establecimiento permanente situado en un Estado contratante de una empresa del otro Estado contratante reciba dividendos o intereses de un tercer Estado, y la participación o el crédito por el que se pagan esté vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente, el Estado mencionado en primer lugar concederá un crédito fiscal respecto del impuesto pagado en el tercer Estado sobre los dividendos o los intereses, según corresponda, aplicando el tipo impositivo previsto en el convenio relativo a los impuestos sobre la renta y el patrimonio entre el Estado del que la empresa es residente y el tercer Estado. No obstante, la cuantía de este crédito no puede exceder de aquella que una empresa residente del Estado mencionado en primer lugar pudiera reclamar al amparo del convenio sobre la renta y patrimonio entre ese Estado y el tercer Estado.

Si el convenio estableciera asimismo otras categorías de renta que puedan someterse a imposición en el Estado del que procedan y para las que deba concederse un crédito fiscal (por ejemplo, los cánones en algunos convenios), la disposición precedente deberá modificarse de forma que las incluya.

71. Cuando un establecimiento permanente situado en un Estado contratante de una empresa residente del otro Estado contratante (el Estado de residencia) reciba dividendos, intereses o cánones de un tercer Estado (el Estado de la fuente) y, de acuerdo con el procedimiento acordado entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente, este último requiere un certificado de residencia para la aplicación de la retención al tipo previsto en el convenio entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia, este último deberá expedir dicho certificado. Aunque este procedimiento puede ser útil cuando el Estado de residencia emplea el método de imputación, parece carecer de utilidad cuando dicho Estado utiliza el método de exención ya que la renta procedente del tercer Estado no está sujeta a imposición en el Estado de residencia de la empresa. Por otra parte, el Estado donde está situado el establecimiento permanente podría beneficiarse de su participación en el proceso de certificación en la medida en que podrá obtener información útil a efectos de una comprobación fiscal. Otra cuestión que se suscita en relación con los casos triangulares es la de los abusos. Por ejemplo, si un Estado contratante aplica el método de exención previsto en el artículo 23 A a los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado que no grava las rentas pasivas procedentes del otro Estado contratante excepto si son atribuibles a dicho establecimiento permanente, existe el riesgo de que dicha renta no se grave en ninguno de los tres Estados. El apartado 8 del artículo 29 aborda este problema.

72. Además del típico caso triangular aquí considerado, pueden presentarse otros casos triangulares, especialmente aquellos en los que el Estado de la empresa es, al mismo tiempo, el Estado del que proceden las rentas atribuidas al establecimiento permanente situado en el otro Estado (véanse asimismo el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 21 y los párrafos 9 y 9.1 de los Comentarios a los artículos 23 A y 23 B). Los Estados pueden regular estas materias en las negociaciones bilaterales.

Apartado 4

73. Este apartado está concebido para evitar una forma particular de discriminación resultante del hecho de que en ciertos países la deducción de intereses, cánones y otros gastos, aceptada sin reservas cuando el beneficiario es un residente, por el contrario, está limitada e incluso prohibida cuando este último es un no residente. La misma situación puede observarse en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio, en relación con las deudas contraídas con un no residente. Sin embargo, los Estados contratantes en sus convenios bilaterales podrán modificar esta disposición para evitar su uso con fines de elusión fiscal.

74. El apartado 4 no prohíbe al país del prestatario aplicar sus normas nacionales sobre subcapitalización, en la medida en que sean compatibles con el apartado 1 del artículo 9 o con el apartado 6 del artículo 11. Sin embargo, si tal régimen resulta de reglas que no son compatibles con los citados artículos y que se aplican solamente a los prestamistas no residentes (con exclusión de los prestamistas residentes), entonces la aplicación de este régimen está prohibida por el apartado 4.

75. Igualmente, el apartado 4 no prohíbe los requerimientos de información adicional en relación con los pagos efectuados a no residentes, dado que su intención es la de garantizar niveles de cumplimiento y de comprobación similares entre los pagos efectuados a residentes y a no residentes.

Apartado 5

76. Este apartado prohíbe a un Estado contratante tratar de manera menos favorable a una empresa residente cuyo capital sea propiedad o esté bajo el control, total o parcialmente, directa o indirectamente, de uno o varios residentes del otro Estado contratante. Dicha disposición, y la discriminación que corrige, se refieren únicamente a la imposición de las empresas y no a la de los propietarios o a la de las personas que controlen el capital de aquellas. Su objeto es, por tanto, asegurar el mismo trato a los contribuyentes residentes de un mismo Estado, pero no someter los capitales extranjeros en manos de socios o accionistas a un régimen idéntico al que se aplica a los capitales nacionales.

77. Dado que el apartado se refiere únicamente a la tributación de las empresas residentes y no a la de las personas que poseen o controlan su capital, se deduce que no puede interpretarse como un acrecentamiento de los beneficios de normas que tienen en cuenta la relación entre una empresa residente y otras empresas residentes (por ejemplo, aquellas que permiten la consolidación, el traslado de pérdidas o las transmisiones de propiedad libres de impuestos entre sociedades que pertenezcan a los mismos propietarios). Por ejemplo, si la legislación fiscal interna de un Estado permite a una sociedad residente consolidar su renta con la de la sociedad matriz residente, el apartado 5 no puede obrar el efecto de forzar al

Estado a permitir tal consolidación entre una sociedad residente y una matriz no residente. Este punto requeriría una comparación entre el tratamiento combinado de una empresa residente y de su propietaria no residente y el de una empresa residente y su propietaria residente del mismo Estado, que excedería claramente de la tributación de la empresa residente por sí sola.

78. Igualmente, dado que el apartado 5 está destinado a garantizar el mismo tratamiento a todas las sociedades residentes con independencia de quienes sean sus propietarios o controlen su capital, y no busca la igualdad de trato en las distribuciones a residentes y no residentes (véase el párrafo 76 anterior), se desprende que la obligación de retener el impuesto que recae sobre una sociedad residente en relación con los dividendos pagados a los accionistas no residentes, pero no en relación con los pagados a los residentes, no puede considerarse que contravenga el apartado 5. En ese caso, la diferencia en el régimen aplicado no depende del hecho de que los propietarios o quienes controlen el capital de la sociedad sean no residentes, sino de que los dividendos pagados a no residentes tributan de forma distinta. Un ejemplo similar sería el de un Estado que exige un impuesto a las sociedades residentes que realizan distribuciones a sus accionistas, con independencia de que estos sean o no residentes, pero que, a fin de evitar una aplicación múltiple de ese impuesto, no lo exija respecto de las distribuciones efectuadas a sociedades residentes vinculadas que estén sujetas al impuesto por sus propias distribuciones. El hecho de que esta última exención no sea aplicable a las distribuciones efectuadas a sociedades no residentes no debe considerarse una contravención del apartado 5. En ese caso, la diferencia en el tratamiento no deriva del hecho de que los propietarios o quienes controlan el capital sean no residentes, sino de que las perceptoras de la distribución son sociedades que, en virtud de las disposiciones del convenio, no pueden ser sometidas al mismo impuesto cuando redistribuyan los dividendos que han recibido de esa sociedad residente. En este ejemplo, todas las sociedades residentes reciben el mismo tratamiento con independencia de quien es titular o controla su capital, y la diferencia de trato se circunscribe a aquellos casos en los que las distribuciones se realizan en circunstancias tales que cabría la posibilidad de evitar el impuesto.

79. Dado que el apartado impide la discriminación de una empresa residente basada exclusivamente en quién es el titular o quién controla su capital, no es pertinente, *prima facie*, en relación con las normas que prevén un tratamiento distinto de las empresas en función del pago de intereses a acreedores residentes o no residentes. El párrafo no se ocupa de las normas basadas en la relación acreedor-deudor, siempre que las diferencias en el tratamiento resultante de estas normas no se fundamenten en si los propietarios o quienes controlan, total o parcialmente, directa o indirectamente, el capital de la sociedad son residentes o no. Por ejemplo, si en virtud de la reglamentación interna de un Estado sobre subcapitalización una empresa residente no puede deducirse los intereses pagados a una empresa asociada no residente, esa norma no contravendrá el apartado 5, aun cuando se aplicara al pago de intereses a un acreedor que poseyera o controlara el capital de la empresa, siempre que el tratamiento fuera el mismo si los intereses se hubieran pagado a una empresa asociada no residente que no poseyera o controlara parte alguna del capital de la sociedad pagadora. Es obvio, no obstante, que esta norma interna podría contravenir el apartado 4 en la medida en que se aplicaran condiciones distintas para la deducción de los intereses pagados a residentes y no residentes, por lo que sería importante determinar, a los efectos de ese apartado, si la aplicación de la norma es compatible con las disposiciones del apartado 1 del artículo 9 o del apartado 6 del

artículo 11 (véase el párrafo 74 anterior). También sería importante a los efectos del apartado 5 en el caso de existir normas sobre subcapitalización que se aplicaran únicamente a las empresas de un Estado contratante cuyo capital fuera propiedad o estuviera bajo el control, total o parcialmente, directa o indirectamente, de no residentes. Naturalmente, dado que las disposiciones del apartado 1 del artículo 9 o del apartado 6 del artículo 11 forman parte del contexto en que debe leerse el apartado 5 (como exige el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) no puede considerarse que los ajustes que resulten compatibles con estas disposiciones contravienen las disposiciones del apartado 5.

80. En el caso de investigaciones efectuadas en materia de precios de transferencia casi todos los países miembros consideran que los requerimientos adicionales de información, más estrictos que aquellos que normalmente se imponen, o incluso una inversión de la carga de la prueba a este respecto, no constituyen medidas de carácter discriminatorio en el sentido del artículo.

Apartado 6

81. Este apartado precisa que el ámbito del artículo no está limitado por las disposiciones del artículo 2. El artículo se aplica por tanto a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza y denominación, exigidos por un Estado, sus subdivisiones políticas o entidades locales, o por cuenta de estos.

Observaciones a los Comentarios

82. [Suprimido.]

83. *Estados Unidos* puntualiza que sus ciudadanos no residentes no están en la misma situación que los demás no residentes, ya que este país grava a sus ciudadanos no residentes sobre su renta mundial.

84. [Suprimido.]

Reservas al artículo

85. *Canadá* y *Nueva Zelanda* formulan una reserva al artículo.

86. *Australia* se reserva el derecho a proponer modificaciones a fin de garantizar que puede seguir aplicando ciertas disposiciones de su legislación interna relacionadas con la recaudación de las retenciones en fuente.

87. *Estados Unidos* se reserva el derecho a aplicar su impuesto sobre sucursales.

Apartado 1

88. *Francia* desea reservarse la posibilidad de aplicar las disposiciones del apartado 1 solamente a las personas físicas, habida cuenta de la jurisprudencia de sus tribunales y del hecho de que los apartados 3, 4 y 5 ya otorgan a las sociedades garantías muy amplias contra la discriminación.

89. *Chile* y el *Reino Unido* formulan una reserva a la segunda frase del apartado 1.

Apartado 2

90. *Chile, Estonia, Estados Unidos, Japón* y *Suiza* se reservan el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios.

Apartado 3

90.1. Por razón de su propio régimen tributario, *Chile* se reserva su libertad de acción respecto de las disposiciones del Convenio relativas al porcentaje y forma de distribución de los beneficios por los establecimientos permanentes.

Apartado 4

91. *Francia* acepta lo dispuesto en el apartado 4; sin embargo, desea reservarse la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación interna relativas a la limitación de la deducción de los intereses pagados por una sociedad francesa a una sociedad asociada o vinculada.

Apartado 6

92. *Chile*, *Grecia,* y el *Reino Unido* se reservan el derecho a restringir la aplicación de este artículo a los impuestos comprendidos en el Convenio.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 25
RELATIVO AL PROCEDIMIENTO AMISTOSO

I. Observaciones preliminares

1. Este artículo instituye un procedimiento amistoso para la resolución de las dificultades surgidas de la aplicación *lato sensu* del Convenio.

2. Prevé primero, en sus apartados 1 y 2, que las autoridades competentes de los dos Estados se esforzarán para resolver, mediante acuerdo amistoso, la situación de los contribuyentes que sean objeto de una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio.

3. Por otro lado, su apartado 3 invita y faculta a las autoridades competentes de los dos Estados para resolver mediante acuerdo amistoso los problemas relativos a la interpretación o aplicación del Convenio y, por otra parte, para consultarse a fin de evitar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

4. Por lo que respecta al funcionamiento práctico del procedimiento amistoso, el artículo en su apartado 4 se limita a facultar a las autoridades competentes para que se comuniquen entre sí directamente, sin pasar por la vía diplomática, y si lo juzgan oportuno, para intercambiar verbalmente sus opiniones en el seno de una comisión mixta creada especialmente a tal efecto. El artículo 26 resulta aplicable al intercambio de información a los efectos de las disposiciones de este artículo. Queda así garantizada la confidencialidad de la información intercambiada en el marco de un procedimiento amistoso.

5. Finalmente, el apartado 5 prevé un mecanismo que permite al contribuyente solicitar la remisión a arbitraje de las cuestiones no resueltas que hayan impedido a las autoridades competentes alcanzar un acuerdo en el plazo de dos años. Aun cuando el procedimiento amistoso constituye un mecanismo por lo general efectivo y eficaz para la resolución de las controversias que se desprendan del Convenio, pueden darse casos en los que las autoridades competentes no estén de acuerdo en que la imposición por parte de ambos Estados es acorde con las disposiciones del Convenio. El procedimiento arbitral previsto en el apartado 5 posibilita la resolución de estos casos al permitir la emisión de una decisión independiente sobre las cuestiones no resueltas, posibilitando así el acuerdo amistoso. Este proceso forma parte del procedimiento amistoso y no constituye una vía alternativa para la resolución de controversias relativas a la aplicación del Convenio.

5.1. El compromiso de resolver los casos de imposición no acorde con el Convenio mediante acuerdos amistosos es parte de las obligaciones asumidas por un Estado contratante al suscribir un convenio, por lo que debe llevarse a cabo de buena fe. En concreto, la obligación contenida en el apartado 2 en virtud de la que la autoridad competente "hará lo posible" por resolver el caso mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante significa que las autoridades competentes están obligadas a intentar resolver el caso de forma justa y objetiva, individualmente y conforme a lo dispuesto en el Convenio y en los principios de derecho internacional aplicables a la interpretación de los convenios.

6. Dado que el artículo establece únicamente reglas generales referentes al procedimiento amistoso, los Comentarios que siguen tratan de precisar el objeto de estas reglas y de completarlas si es necesario, refiriéndose principalmente a las reglas y prácticas seguidas en

el ámbito internacional para el desarrollo del procedimiento amistoso, o en la esfera interna, para el desarrollo de los procedimientos vigentes en la mayoría de los países miembros de la OCDE con objeto de regular los contenciosos de índole tributaria. En concreto, dado que el apartado 5 exige expresamente que las autoridades competentes acuerden el modo de aplicación del procedimiento arbitral que instituye, los Comentarios que siguen analizan detalladamente diversos aspectos procedimentales del mismo. El anexo a estos Comentarios incluye un acuerdo estándar que las autoridades competentes pueden utilizar como punto de partida para establecer el modo de aplicación del procedimiento arbitral; dicho anexo examina diversos aspectos estructurales y procedimentales, analiza las distintas disposiciones del acuerdo estándar y, en algunos casos, plantea alternativas.

6.1. Mediante el artículo 25, los Estados contratantes delegan en las autoridades competentes amplios poderes relativos a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Convenio. El apartado 2 faculta a las autoridades competentes a resolver por la vía del acuerdo amistoso los casos planteados por los contribuyentes a fin de evitar una imposición que, si bien resulta de la legislación interna, no se ajusta al Convenio. De forma similar, el apartado 3 faculta a las autoridades competentes para resolver mediante acuerdo amistoso las dificultades o dudas que planteen la interpretación o aplicación del Convenio, tanto en casos concretos (por ejemplo, los referidos a un único contribuyente), como de forma más general (por ejemplo, mediante la interpretación conjunta de una disposición del convenio aplicable a un gran número de contribuyentes). En virtud del apartado 3, las autoridades competentes podrán, en concreto, llegar a acuerdos para definir un término no definido en el Convenio, o para completar o aclarar la definición de un término ya definido, cuando tal acuerdo permita resolver dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio. Estas circunstancias pueden producirse, por ejemplo, cuando una divergencia en el significado según las legislaciones internas de los Estados genere dificultades o lleve a un resultado no deseado o absurdo. Como reconoce expresamente el apartado 2 del artículo 3, los acuerdos alcanzados en aplicación del apartado 3 en relación con el significado de un término utilizado en el Convenio prevalecerán sobre el significado que le atribuya la legislación interna de los Estados.

6.2. Si bien en virtud de la legislación interna el régimen jurídico de un acuerdo amistoso alcanzado conforme al artículo 25 puede variar en función del Estado de que se trate, es evidente que los principios del derecho internacional relativos a la interpretación de los tratados, como se enuncian en los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, permite a los tribunales nacionales tener en cuenta dicho acuerdo. El artículo 25 tiene por objeto favorecer, mediante consultas y acuerdos amistosos entre autoridades competentes, el tratamiento homogéneo de los casos concretos y la misma interpretación o aplicación de las disposiciones del Convenio en ambos Estados. El artículo 25 faculta también a las autoridades competentes para resolver, vía acuerdo amistoso, las dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio; los acuerdos amistosos, concluidos en virtud del mandato expresamente definido en el apartado 3 del artículo, constituyen la prueba objetiva de que las autoridades competentes interpretan del mismo modo el significado del Convenio y sus términos. Es por todas estas razones por lo que los acuerdos alcanzados por las autoridades competentes en virtud del artículo 25 deben tenerse en cuenta a los efectos de la interpretación del Convenio.

6.3. Existen además algunos casos en los que la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio se han delegado expresamente a las autoridades competentes y los acuerdos que estas

alcancen en estas materias rigen la aplicación de estas disposiciones. Por ejemplo, el subapartado *d*) del apartado 2 del artículo 4 prevé que las autoridades competentes resolverán mediante acuerdo amistoso ciertos casos en los que una persona física sea residente de ambos Estados contratantes en virtud del apartado 1 de ese artículo. De forma similar, algunos convenios delegan en las autoridades competentes la facultad para determinar conjuntamente el estatus de ciertas entidades o instrumentos a los efectos de ciertas disposiciones del convenio (véase, por ejemplo, la letra (i) del subapartado *b*) de la disposición que se sugiere en el párrafo 35 de los Comentarios al artículo 1, o la capacidad para completar o modificar las listas de entidades, instrumentos o disposiciones de la legislación nacional que se mencionan en estos convenios.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartados 1 y 2

7. Las reglas enunciadas en los apartados 1 y 2 prevén la eliminación en casos particulares de la imposición no acorde con el Convenio. Como es sabido, los contribuyentes en tal caso tienen normalmente la posibilidad de interponer recurso ante los tribunales que ven los asuntos fiscales, bien directamente o una vez denegada su reclamación por la Administración tributaria. Cuando la imposición no conforme con el Convenio resulte de una incorrecta aplicación de este en los dos Estados, los contribuyentes tienen que litigar en cada Estado, con los inconvenientes e incertidumbres que comporta tal situación. De este modo, el apartado 1 permite que los contribuyentes afectados, sin perjuicio de su derecho a hacer uso de las vías de recurso internas, puedan utilizar un procedimiento denominado amistoso porque tiende en su segunda fase a solventar el litigio de forma concertada, es decir por acuerdo entre las autoridades competentes; la primera fase del procedimiento se desarrolla únicamente en uno de los Estados contratantes desde la interposición de la reclamación hasta la toma de una decisión al respecto por la autoridad competente.

8. De cualquier forma, el procedimiento amistoso es claramente un procedimiento especial fuera del derecho interno. Esto determina que únicamente pueda incoarse en los casos previstos en el apartado 1; es decir, en los supuestos en los que la imposición se haya aplicado o vaya a aplicarse en contra de las disposiciones del Convenio. Así, cuando se haya exigido un impuesto en contra tanto del Convenio como del derecho interno, el caso es susceptible de procedimiento amistoso únicamente en la medida en que el Convenio resulte afectado, a menos que exista una conexión entre las reglas del Convenio y las del derecho interno que se han aplicado incorrectamente.

9. En la práctica, el procedimiento se aplica en los casos –con mucho, los más numerosos– en los que la medida adoptada provoca una doble imposición, situación que precisamente el Convenio tiende a evitar. Entre los casos más comunes, deben mencionarse los siguientes:

— los referidos a la atribución de beneficios a un establecimiento permanente en aplicación del apartado 2 del artículo 7;

— la imposición en el Estado del deudor, en el caso de relaciones especiales entre el deudor y el beneficiario efectivo, de la parte en exceso de intereses y cánones en aplicación de las disposiciones del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12;

— los casos de aplicación de una legislación referente a la subcapitalización cuando el Estado de la sociedad deudora ha considerado los intereses como dividendos, en la medida en que este régimen esté basado en cláusulas de un convenio equivalentes, por ejemplo, al artículo 9 o al apartado 6 del artículo 11;

— los casos en que la falta de información sobre la situación de hecho del contribuyente conduce a una aplicación inexacta del Convenio, especialmente en lo que se refiere a la determinación de la residencia (apartado 2 del artículo 4), a si existe un establecimiento permanente (artículo 5) o al carácter temporal de los servicios prestados por un asalariado (apartado 2 del artículo 15).

10. El artículo 25 proporciona a las autoridades competentes un mecanismo que les permite consultarse entre sí con la finalidad de resolver, en el contexto de los precios de transferencia, no solamente los problemas de doble imposición jurídica sino también los de doble imposición económica, en particular los resultantes de la inclusión de beneficios de empresas asociadas conforme al apartado 1 del artículo 9; los ajustes correlativos que deben efectuarse en aplicación del apartado 2 del mismo artículo caen, en consecuencia, dentro del ámbito de aplicación del procedimiento amistoso, tanto en lo que se refiere a la apreciación de su fundamento como en lo que respecta a su cuantía.

11. En efecto, esto está implícito en la redacción del apartado 2 del artículo 9 cuando el convenio bilateral en cuestión contiene una cláusula de este tipo. Cuando el convenio bilateral no contenga reglas similares a las que se señalan en el apartado 2 del artículo 9 (como normalmente ocurre en los convenios firmados antes de 1977), el mero hecho de insertar el artículo 9, limitado al apartado 1, –que por lo general solamente confirma reglas más o menos similares previstas en las legislaciones internas– es indicativo de que la intención de los Estados contratantes era la de que la doble imposición económica estuviera cubierta por el Convenio. En consecuencia, la mayor parte de los países miembros considera que la doble imposición económica resultante de los ajustes realizados en los beneficios como consecuencia de precios de transferencia no es acorde, al menos, con el espíritu de los convenios y, en consecuencia, entra en el ámbito del procedimiento amistoso previsto en el artículo 25.

12. Si bien el procedimiento amistoso desempeña un papel importante en el tratamiento de cuestiones tales como los ajustes a los que se refiere el apartado 2 del artículo 9, es obvio que, incluso en ausencia de tal disposición, la intención de los Estados será evitar la doble imposición, incluso practicando los ajustes correlativos en los casos del estilo de los contemplados en el apartado 2. Por tanto, aun cuando puedan plantearse distintos puntos de vista, los Estados deberán considerar, en términos generales, que los procedimientos amistosos iniciados a instancia del contribuyente, basados en una doble imposición económica contraria a los términos del artículo 9, implican tener que considerar si debiera haberse practicado el ajuste correlativo, incluso en ausencia de una disposición similar a la contenida en el apartado 2 del artículo 9. Los Estados que no compartan esta opinión acaban, sin embargo, encontrando en la práctica los medios para remediar, en la mayor parte de los casos, los supuestos de doble imposición económica que afectan a empresas *de buena fe*, haciendo uso de las disposiciones de su legislación interna.

13. El procedimiento amistoso es también aplicable, en ausencia de doble imposición contraria al Convenio, cuando la imposición controvertida conculque directamente una regla del Convenio. Tal es el caso cuando un Estado grava un tipo de renta concreto, respecto de la que

el Convenio atribuye al otro Estado un derecho exclusivo de imposición aun en el supuesto de que este no pudiera ejercerlo por causa de una laguna en su legislación interna. Otro tipo de casos concierne a las personas que, siendo nacionales de un Estado contratante, pero residentes del otro Estado contratante, están sometidas en este último Estado a un régimen fiscal que, conforme a las disposiciones del apartado 1 del artículo 24, es discriminatorio.

14. Debe observarse que el procedimiento amistoso, a diferencia de los mecanismos de resolución de controversias previstos en la legislación interna, puede iniciarlo un contribuyente sin esperar a que la imposición que considere "no acorde con lo dispuesto en el Convenio", se le haya liquidado o notificado. Para que el contribuyente en cuestión pueda iniciar tal procedimiento, es necesario y suficiente que demuestre que "las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados" van a originar tal imposición y que esta se plantea como un riesgo no solo posible, sino probable. Estas "medidas" abarcan todos los actos o decisiones de índole legislativa o reglamentaria, aplicables de forma general o particular, que tengan como consecuencia directa y necesaria la exacción de un impuesto a cargo del interesado que plantea el caso, contrario a las disposiciones del Convenio. Así, por ejemplo, si una modificación en la legislación fiscal de un Estado contratante va a implicar para una persona que obtenga un determinado tipo de renta una imposición no acorde con el Convenio, dicha persona puede iniciar un procedimiento amistoso desde el momento en que se modifique la ley en cuestión y obtenga dichas rentas o sea probable que las obtenga. Otros ejemplos comprenden la presentación de una declaración en la modalidad autodeclarativa o la comprobación directa de la declaración de un contribuyente concreto en el curso de una inspección, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias genere una probabilidad de imposición no acorde con el Convenio (por ejemplo, cuando el método de autoliquidación impuesto al contribuyente en virtud de la legislación interna de un Estado contratante genere una declaración tal que, en caso de constituir una propuesta de la propia Administración en el marco de un régimen distinto al de la modalidad autodeclarativa, pudiera originar una probabilidad de imposición no acorde con el Convenio, o cuando circunstancias tales como el criterio interpretativo publicado por el Estado contratante o su práctica inspectora generen una probabilidad significativa de que la comprobación directa de una declaración concreta, como la del contribuyente, conduzca a una propuesta de declaración que entrañe una cierta probabilidad de imposición no acorde con el Convenio). Otro ejemplo podría constituirlo el caso de que la legislación sobre precios de transferencia aplicable en un Estado contratante exija al contribuyente, a fin de satisfacer el principio de plena competencia, declarar rentas imponibles en mayor cuantía a la que hubiera resultado de los precios reales que utiliza en sus operaciones con partes relacionadas, y existan dudas importantes sobre si la parte asociada del contribuyente podrá practicar un ajuste correlativo en el otro Estado contratante en caso de no instarse un procedimiento amistoso. Estas medidas pueden entenderse también como que incluyen los ajustes realizados de buena fe por el contribuyente que autoriza la legislación interna de algunos países y que permiten a los contribuyentes modificar, en determinadas circunstancias, una declaración tributaria ya presentada a fin de declarar un precio en una operación vinculada o una atribución de beneficios a un establecimiento permanente que, en opinión del contribuyente, se ajustan al principio de plena competencia (véase el párrafo 6.1 de los Comentarios al artículo 9 y el párrafo 59.1 de los Comentarios al artículo 7). Como se señala en la primera frase del apartado 1, el hecho de que las acciones de uno o de ambos Estados contratantes impliquen o puedan implicar una imposición no acorde con el Convenio debe determinarse desde la perspectiva del contribuyente. Aun cuando la opinión de este sobre la certidumbre o

probabilidad de la existencia de esa imposición debe ser razonable y fundarse en hechos demostrables, las autoridades fiscales no deben rechazar considerar la solicitud de inicio de un procedimiento instado en virtud del apartado 1 meramente por considerar que no se ha demostrado (por ejemplo atendiendo al criterio probatorio basado en la "consideración de la probabilidad" contenido en la legislación interna) que vaya a darse dicha imposición no acorde con el Convenio.

15. Dado que las primeras actuaciones de un procedimiento amistoso pueden llevarse a cabo desde una fase muy temprana, sobre la base de la mera probabilidad de que ocurra una imposición no acorde con el Convenio, el inicio del procedimiento de esta forma no se considerará como la fecha de inicio a los efectos de determinar el comienzo del período de dos años al que se hace referencia en el apartado 5 del artículo. El párrafo 75 más adelante explica desde cuándo empieza a computarse el plazo de dos años.

16. Para que las reclamaciones formuladas en virtud del apartado 1 sean aceptadas, deben responder a una doble exigencia expresamente señalada en tal apartado: deben presentarse a la autoridad competente de uno u otro Estado y debe hacerse en el plazo de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no acorde con el Convenio. El Convenio no establece reglas particulares en cuanto a la forma de las reclamaciones. Las autoridades competentes pueden prescribir los procedimientos particulares que juzguen apropiados. Si tales procedimientos no se han prefijado, las reclamaciones pueden presentarse de la misma manera que las de carácter fiscal ante la Administración del Estado respectivo.

17. La opción propuesta de que el contribuyente se dirija a la autoridad competente de uno u otro Estado pretende reforzar el principio general según el cual el acceso al procedimiento amistoso debe ser tan amplio como sea posible y ofrecer flexibilidad. Esta opción persigue asimismo garantizar que ambas autoridades competentes consideren y decidan si el caso planteado debe pasar a la segunda fase del procedimiento amistoso (a saber, la discusión entre las autoridades competentes de ambos Estados contratantes). El apartado 1 permite a una persona presentar su caso a la autoridad competente de cualquiera de los Estados contratantes; lo que no la impide presentarlo ante ambos Estados contratantes a la vez (véase el párrafo 75 más adelante). Cuando una persona plantee su caso a las autoridades competentes de ambos Estados contratantes, deberá informarlas de esa circunstancia debidamente a fin de facilitar un enfoque coordinado del caso.

18. Por otra parte, habrá Estados contratantes que consideren que los contribuyentes no deben tener opción a presentar su caso ante la autoridad competente de cualquiera de los Estados, sino que, en primera instancia, deberían tener que presentar el caso a la autoridad competente del Estado del que sean residentes. Sin embargo, cuando una persona que tiene la nacionalidad de un Estado pero resida en el otro, considere que ha sido objeto en este otro Estado de un impuesto (u obligación relativa al mismo) que, según el apartado 1 del artículo 24, sea discriminatoria, parece más apropiado, por razones obvias, permitirle presentar su reclamación ante la autoridad competente del Estado contratante del que es nacional, como excepción a la norma que obliga a un contribuyente formular su reclamación ante la autoridad competente del Estado en que reside. Igualmente, parece más indicado que sea a la misma autoridad competente a la que deba presentarse la reclamación de una persona que, sin ser residente de un Estado contratante, sea nacional de uno de ellos, y cuyo caso entre en

el ámbito del párrafo 1 del artículo 24. A fin de conciliar esta norma alternativa y la excepción para los casos a los que sea aplicable el apartado 1 del artículo 24, el apartado 1 deberá modificarse como sigue:

> 1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición no acorde con las disposiciones de este Convenio podrá, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, someter su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el apartado 1 del artículo 24, a la autoridad competente del Estado contratante del que sea nacional. El caso deberá plantearse dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio.

Los Estados contratantes que prefieran esta norma alternativa deben adoptar las medidas necesarias para garantizar un amplio acceso al procedimiento amistoso y que sean ambas autoridades competentes las que consideren si un caso debe pasar a la segunda fase del procedimiento amistoso.

19. Conviene señalar que, si el contribuyente cambiara su Estado de residencia con posterioridad a la imposición que considera no acorde con el Convenio, deberá, no obstante, en virtud de la norma alternativa prevista en el párrafo 18 anterior, dirigir su reclamación a la autoridad competente del otro Estado del que fue residente durante el periodo al que se refiere la imposición exigida o que vaya a exigirse.

20. El plazo de tres años establecido en la segunda frase del apartado 1 para la presentación de las reclamaciones trata de proteger a las Administraciones contra las reclamaciones tardías. Este plazo debe considerarse como un mínimo, de forma que los Estados contratantes son libres de concertar en sus convenios bilaterales un plazo más largo en favor de los contribuyentes, por ejemplo, análogos a los plazos previstos en sus respectivas normativas internas en materia de convenios tributarios. Los Estados contratantes pueden omitir la segunda frase del apartado 1 si están de acuerdo en considerar que sus respectivas normativas internas son aplicables automáticamente a tales reclamaciones y tienen consecuencias más favorables para los contribuyentes afectados, bien porque establecen plazos más amplios para la presentación de reclamaciones, o por no fijar plazo alguno a tal efecto.

21. La disposición que fija el cómputo del plazo de tres años a partir del día de la "primera notificación de la medida que implique una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio" debe interpretarse de la manera más favorable posible para el contribuyente. Así, incluso en el supuesto de que tal imposición resultara directamente de la ejecución de una decisión o medida administrativa de alcance general, se empieza a computar el plazo solo a partir de la fecha de la notificación de la medida individual que determina el gravamen concreto; es decir, basándose en la interpretación más beneficiosa, desde el acto de imposición propiamente dicho, materializado por la notificación de una liquidación o determinación, el requerimiento oficial de pago u otro medio cualquiera de recaudación o exacción del impuesto. Dado que el contribuyente tiene derecho a presentar su caso tan pronto como considere que la imposición no va a ser conforme con las disposiciones del Convenio, mientras que el plazo de tres años empieza a contarse únicamente desde el momento en que se materializa el resultado, habrá casos en los que el contribuyente tenga derecho a iniciar el procedimiento amistoso antes de que se inicie el plazo de tres años (véase un ejemplo ilustrativo de esta situación en el párrafo 14 anterior).

22. En la mayoría de los casos será evidente cuál es el instrumento que constituye la notificación de la liquidación o determinación, el requerimiento oficial de pago u otro medio cualquiera de recaudación o exacción del impuesto, y normalmente la legislación interna contendrá normas relativas al momento en que se considera que se ha "notificado". Dicha legislación interna se referirá normalmente a la fecha de envío de la notificación (fecha de remisión), a un cierto número de días tras su remisión, a la fecha en la que se espera que llegue a la dirección enviada (ambas son fechas de supuesta recepción física de la notificación), o al momento en que de hecho se recibe físicamente (fecha de notificación física efectiva). En ausencia de tales normas, se considerará que la notificación se ha efectuado en el momento de la percepción física efectiva o, cuando no pueda documentarse suficientemente, el momento en que cabe esperar, en condiciones normales, que la notificación llegue a la dirección remitida. Debe tenerse en cuenta que esta última disposición se interpretará de la forma que resulte más favorable para el contribuyente.

23. Por lo que respecta a las autoliquidaciones, es frecuente que exista alguna notificación que afecte a dicha declaración (por ejemplo, una notificación de una deuda, o la denegación, o el ajuste, de una solicitud de devolución), y normalmente se considerará como fecha de inicio del plazo de tres años la de la notificación, y no el momento en que el contribuyente presenta su autoliquidación. Si un contribuyente paga un importe complementario en relación con la presentación de una declaración rectificada correspondiente a un ajuste de buena fe efectuado *motu proprio* (como se describe en el párrafo 14 anterior), el inicio del plazo de tres años será normalmente la notificación de la liquidación o de la deuda resultante de la declaración rectificada, y no el momento del pago complementario del impuesto. No obstante, pueden darse casos en los que no exista notificación de deuda u otra notificación. En estos casos se considerará como fecha de "notificación" aquella en la que se considere que el contribuyente, en circunstancias normales, habría tenido conocimiento de la imposición que de hecho no es acorde con el Convenio. Este momento puede ser, por ejemplo, aquel en que por primera vez se pone a disposición del contribuyente la información en la que se recoge la transferencia de fondos, por ejemplo, un extracto o saldo bancario. El plazo empieza a transcurrir con independencia de que el contribuyente considere o no en ese momento que la imposición es contraria al Convenio, siempre que, estando en la situación del contribuyente y aplicando la prudencia debida, hubiera sido posible observar en ese momento que la imposición no era acorde con el Convenio. En esos casos será suficiente con la notificación del cargo por el concepto tributario en cuestión. No obstante, cuando únicamente mediante la combinación de la autoliquidación con alguna otra circunstancia, una persona que actúe con la debida prudencia hubiera podido concluir, estando en la situación del contribuyente, que la imposición era contraria al Convenio (por ejemplo una sentencia judicial en la que se concluya que la imposición en un caso similar al del contribuyente era contraria a las disposiciones del Convenio), el plazo empieza a contarse únicamente cuando se materialice la última de estas circunstancias.

24. Si el impuesto se ha retenido en la fuente, el plazo comienza a partir del pago de la renta; sin embargo, si el contribuyente prueba que tuvo conocimiento de esta retención en fecha posterior, el plazo empieza a contarse desde esta última fecha. Cuando la imposición no acorde con Convenio resulte del efecto combinado de decisiones o medidas tomadas en los dos Estados contratantes, el plazo se computará únicamente desde la primera notificación de la decisión o medida más reciente. Esto significa que cuando, por ejemplo, un Estado contratante grava un impuesto no acorde con el Convenio, pero el otro Estado admite la desgravación de dicho im-

puesto conforme al artículo 23 A o al artículo 23 B, de forma que no exista doble imposición, lo más frecuente en la práctica es que el contribuyente no inicie el procedimiento amistoso en relación con la acción del primer Estado. Si, por el contrario, el otro Estado notificara posteriormente al contribuyente la denegación de la desgravación, de forma que se diera una doble imposición, empezaría a contarse un nuevo plazo a partir de esa notificación, dado que las acciones combinadas de ambos Estados contratantes provocarán entonces que el contribuyente esté sometido a una doble imposición contraria a las disposiciones del Convenio. En ciertos casos, especialmente los de este tipo, puede que los archivos a disposición de las autoridades tributarias se hayan destruido rutinariamente antes de que concluya el plazo establecido, siguiendo la práctica habitual en uno o en ambos Estados. Las obligaciones contraídas en virtud del Convenio no impiden tal destrucción, ni exigen a las autoridades competentes que acepten la declaración del contribuyente sin pruebas documentales, pero en esas circunstancias deberá darse al contribuyente, en la medida en que lo permita la legislación interna y mientras continúe el procedimiento amistoso, la oportunidad de suplir la falta de pruebas. En algunos casos, el otro Estado contratante podrá aportar pruebas suficientes conforme al artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario. Naturalmente, lo deseable es que las autoridades tributarias conserven la documentación hasta que haya transcurrido el plazo en que un contribuyente puede iniciar un procedimiento amistoso en relación con un caso concreto.

25. El plazo de tres años no se interrumpe durante los procedimientos (comprendidos los administrativos) seguidos en virtud de la legislación interna (por ejemplo, un recurso ante la propia jurisdicción). Esto puede provocar dificultades al obligar al contribuyente a optar entre acogerse a los recursos previstos en la legislación interna o al procedimiento amistoso. Algunos contribuyentes optarán por acogerse únicamente al procedimiento amistoso, mientras que la mayoría intentará canalizar su caso a través del procedimiento amistoso, interponiendo simultáneamente una acción ante la jurisdicción nacional, aun cuando el procedimiento judicial no fuera la intención inicial. Esta circunstancia puede conducir a una aplicación ineficiente del procedimiento amistoso. En la medida en que lo permita la legislación interna, algunos Estados pueden querer abordar esta situación permitiendo la suspensión del período de tres años (o mayor) durante los procedimientos seguidos ante la jurisdicción nacional. Se plantean dos posibles criterios, ambos coherentes con lo dispuesto en el artículo 25: por un lado, exigir que el contribuyente inicie el procedimiento amistoso, sin suspensión de plazo en el transcurso del procedimiento ante la jurisdicción nacional, pero sin que las autoridades competentes entren oficialmente en conversaciones hasta la resolución final del procedimiento ante la jurisdicción nacional; o, por otro lado, iniciar las conversaciones entre las autoridades competentes, sin llegar a un acuerdo definitivo hasta que el contribuyente acceda a retirar los procedimientos incoados ante la jurisdicción nacional, y con esa condición. Esta segunda posibilidad se analiza en el párrafo 42 de estos Comentarios. En cualquiera de estos casos, el contribuyente tiene que estar informado del criterio adoptado. Con independencia de que un contribuyente considere que existe o no la necesidad de presentar un recurso "de protección" ante la jurisdicción nacional (por ejemplo por las limitaciones de la legislación interna para incoar acciones ante la jurisdicción interna) el criterio que normalmente prefieren las partes es que el procedimiento amistoso sea la vía inicial para resolver la cuestión planteada por el contribuyente, y hacerlo así de forma bilateral.

26. Algunos Estados pueden denegar al contribuyente la capacidad de iniciar un procedimiento amistoso en virtud del apartado 1 del artículo 25 cuando se consideren abusivas las

operaciones con las que está relacionado el procedimiento. Este proceder está íntimamente ligado con el "uso indebido del Convenio" que se analiza en el párrafo 54 y siguientes de los Comentarios al artículo 1. Sin embargo, en ausencia de disposiciones específicas, no existe una norma general que impida que las operaciones consideradas abusivas puedan acceder al procedimiento amistoso. El mero hecho de que un impuesto se liquide en virtud de una cláusula antielusión prevista en el derecho interno no debe constituir una razón para denegar el acceso al procedimiento amistoso. Sin embargo, cuando se trate de infracciones graves contra la legislación interna que entrañen sanciones considerables, los Estados podrán querer denegar el acceso al procedimiento amistoso. En el Convenio deben especificarse las circunstancias en las que los Estados denegarán el derecho de recurso al procedimiento amistoso.

27. Por razón de sus requisitos constitucionales, sus normas de derecho interno o su jurisprudencia, algunos Estados consideran que el procedimiento amistoso, en términos generales, no puede aplicarse a la resolución de ciertas cuestiones o, al menos, rechazan los procedimientos iniciados por el contribuyente. Ejemplo de ello sería un caso en el que conceder al contribuyente un beneficio fiscal fuera contrario a una sentencia firme dictada por los tribunales, vinculante para las autoridades fiscales por mandato constitucional. Sin embargo, el principio general admitido para los convenios tanto tributarios como de otra naturaleza, es que no puede justificarse el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el mismo sobre la base de la legislación interna, incluso del Derecho constitucional. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados recoge este principio general. Por tanto, la justificación de lo que de otro modo constituiría un incumplimiento del Convenio tiene que basarse en el tenor del propio convenio, interpretado conforme a los principios interpretativos aceptados. Una justificación de esa naturaleza sería excepcional, dado que no atañería meramente a la forma de tratar una cuestión por parte de los dos Estados una vez que esta esté incluida en el procedimiento amistoso, sino que impediría incluso que la cuestión pudiera elevarse a la fase en que se somete a la consideración de ambos Estados. Dado que, en la práctica, un Estado puede llegar a esa determinación sin consultar al otro, y que puede haber una solución bilateral que, por tanto, no se llega a considerar, la decisión de que una cuestión no puede optar al procedimiento amistoso instado por el contribuyente no puede tomarse a la ligera, sino que necesita fundamentarse en los términos negociados del Convenio. Una autoridad competente que se base en un impedimento impuesto por la legislación interna como razón para no permitir el inicio del procedimiento amistoso por el contribuyente debe informar a la otra autoridad competente de este hecho y exponer adecuadamente el fundamento jurídico de la decisión adoptada. Normalmente, los impedimentos estrictamente basados en la legislación interna no impedirán que un caso pueda acogerse al procedimiento amistoso, pero si impidieran de forma obvia e inequívoca la posibilidad de que una autoridad competente lo resuelva de forma que se evite la imposición no acorde con el Convenio soportada por el contribuyente, y no hubiera posibilidad real de que el otro Estado resuelva la situación a favor del contribuyente, este hecho debe darse a conocer a los contribuyentes, de forma que no se generen falsas expectativas sobre los resultados que puedan derivarse del procedimiento.

28. En otros casos puede estar permitido el inicio del procedimiento amistoso, pero determinados aspectos de la legislación interna adoptados tras la negociación del Convenio pueden impedir a una autoridad competente resolver, aunque sea parcialmente, la cuestión planteada por el contribuyente. Cuando los cambios habidos en la legislación interna limiten jurídicamente a la autoridad competente, de forma que sea obvia la imposibilidad de resolver

la cuestión a través de negociaciones bilaterales, la mayoría de los Estados admitiría que este cambio en las circunstancias tiene entidad suficiente como para permitir a esa autoridad competente retirarse del procedimiento. En algunos casos, sin embargo, la dificultad surgida puede ser únicamente de naturaleza temporal; por ejemplo, mientras se aprueba una norma que modifique otra anterior, en cuyo caso, el procedimiento debe suspenderse en lugar de concluirse. Las dos autoridades competentes tendrán que tratar la dificultad surgida y su posible efecto sobre el procedimiento amistoso. También se darán situaciones en las que una decisión total o parcialmente favorable al contribuyente sea vinculante y una de las autoridades competentes tenga que adherirse a ella, pero en las que aún quede un cierto margen para la negociación, por ejemplo, para que una autoridad competente demuestre a la otra que esta última debe conceder la desgravación.

29. Es menos justificable la negativa a aplicar un acuerdo alcanzado durante un procedimiento amistoso basándose en el ordenamiento interno. La obligación de aplicar estos acuerdos se expresa inequívocamente en la última frase del apartado 2, por lo que cuando haya obstáculos a su aplicación deberán incorporarse en el tenor del propio acuerdo. Dado que los convenios tributarios se negocian en el cambiante entorno de las legislaciones internas, en ocasiones difícilmente previsible, y dado que ambas partes son conscientes de este hecho en el transcurso de la negociación del Convenio original y de las conducentes a los acuerdos amistosos, por lo general se considerará que los cambios inesperados que alteren la base de un acuerdo amistoso exigirán una revisión del acuerdo en los términos necesarios. Obviamente, cuando se producen modificaciones legislativas de esta naturaleza, lo que ocurre en muy pocas ocasiones, la buena fe obliga a que se notifiquen tan pronto como sea posible, debiendo realizarse un sincero esfuerzo para revisar el acuerdo o alcanzar uno nuevo en la medida en que lo permita la legislación interna. En tales casos, debe considerarse vigente la solicitud del contribuyente en lugar de exigirle su reiteración.

30. Por lo que respecta al procedimiento propiamente dicho, conviene analizar brevemente las dos fases distintas en que se divide (véase el párrafo 7 anterior).

31. En su primera fase, que se inicia con la presentación de la reclamación por el contribuyente, el procedimiento en cuestión se sitúa exclusivamente en el plano de las relaciones entre este y la autoridad competente del Estado ante el que se presentó el caso. Las disposiciones del apartado 1 reconocen al contribuyente interesado el derecho a dirigirse a la autoridad competente de uno u otro Estado, haya o no agotado las vías de los recursos que cada uno de los Estados le otorga en su derecho interno. Por otra parte, la autoridad competente tiene la obligación de ponderar la justificación de la reclamación y, si la estima fundada, resolverla de alguna de las formas definidas en el apartado 2.

31.1. La decisión sobre si la reclamación “le parece fundada” exige que la autoridad competente ante la que se presentó el caso lleve a cabo una valoración preliminar de la misma a fin de determinar si la imposición en ambos Estados contratantes resulta coherente con los términos del Convenio. Lo adecuado es considerar que la reclamación está justificada cuando existe, o es razonable pensar que va a existir, una imposición no acorde al Convenio en alguno de los Estados contratantes.

32. Si la autoridad competente a la que se ha planteado debidamente el caso estima que la reclamación está justificada y considera que la imposición impugnada es consecuencia, en

todo o parte, de medidas adoptadas en ese Estado, debe dar satisfacción al reclamante lo más pronto posible procediendo a los ajustes o permitiendo las desgravaciones que estime necesarios. En este caso, la cuestión puede resolverse sin pasar de la primera fase (unilateral) del procedimiento amistoso. Por otro lado, puede estimarse de utilidad un intercambio de puntos de vista e información con las autoridades competentes del otro Estado contratante para confirmar, por ejemplo, determinada interpretación del Convenio.

33. Si, por el contrario, esta autoridad competente estima que la imposición impugnada es consecuencia, en todo o en parte, de una medida adoptada en el otro Estado, le corresponde, de hecho es su obligación, como claramente se desprende de los términos del apartado 2, promover la segunda fase (bilateral) del procedimiento amistoso. Es importante que la autoridad competente en cuestión cumpla con su obligación lo más rápidamente posible, particularmente en los casos en que se hayan rectificado los beneficios de empresas asociadas como consecuencia de ajustes de precios de transferencia.

34. El contribuyente tiene derecho, en virtud del apartado 1, a someter su caso a la autoridad competente de uno u otro Estado, haya o no presentado demanda o contencioso de acuerdo con el derecho interno de uno o ambos Estados. Si el litigio está pendiente de resolución en el Estado en que se presentó la reclamación, la autoridad competente de dicho Estado, sin esperar la decisión judicial definitiva, debe determinar si considera el caso apropiado para el procedimiento amistoso. Si opta por tal solución debe precisar si está en condiciones de aportar una solución satisfactoria o si el caso debe someterse a la autoridad competente del otro Estado contratante. Las solicitudes de inicio de un procedimiento amistoso planteadas por un contribuyente no deben rechazarse sin un motivo válido.

35. Aun cuando un tribunal de uno u otro Estado haya resuelto definitivamente la petición, el contribuyente puede presentar su reclamación o proseguir con ella en el marco del procedimiento amistoso. En algunos Estados, la autoridad competente puede llegar a una solución satisfactoria distinta de la decisión judicial. En otros Estados, la autoridad competente está vinculada por tal decisión (es decir, está obligada, por imperativo legal, a atenerse a la decisión judicial) o no puede separarse de ella por cuestiones de política o práctica administrativa; pero puede no obstante someter el caso a la autoridad competente del otro Estado contratante solicitándola que adopte las medidas necesarias para evitar la doble imposición.

36. En su segunda fase –que se inicia con los contactos de la autoridad competente a la que se ha dirigido el contribuyente con la del otro Estado– el procedimiento se sitúa en el plano de las relaciones entre los Estados, como si hubiera habido, por así decirlo, un respaldo por el Estado al que se presentó la reclamación. Pero aun cuando este procedimiento es, incuestionablemente, un procedimiento entre Estados, puede suscitarse la siguiente cuestión:

— si, como sugieren el título del artículo y los términos utilizados en la primera frase del apartado 2, se trata solo de un simple procedimiento amistoso esto es, constituye la ejecución de un *pactum de contrahendo* que comporte para las partes la mera obligación de negociar, pero no la de llegar a un acuerdo;

— o si, por el contrario, debe considerarse (sobre la base de la existencia del procedimiento arbitral previsto en el apartado 5 para tratar los casos no resueltos, o sobre la hipótesis de que el procedimiento se desarrolla en el marco de una comisión mixta) como un procedimiento jurisdiccional que exige a las partes resolver el conflicto.

37. El apartado 2 comporta, sin duda, la obligación de negociar; pero, por lo que respecta a la consecución de un acuerdo a través del procedimiento amistoso, las autoridades competentes tienen pura y simplemente una obligación de diligencia y no de conseguir un resultado. El párrafo 5, no obstante, prevé un mecanismo que permite la consecución de un acuerdo aun cuando en la negociación hayan surgido cuestiones que las autoridades competentes no hayan podido conciliar en sus negociaciones.

38. En la búsqueda de un acuerdo amistoso, las autoridades competentes deben ciertamente precisar en primer lugar su posición a la luz de sus respectivas legislaciones fiscales y de las disposiciones del Convenio que les vinculan tanto a ellas como a los contribuyentes. En el caso de que la aplicación estricta de estas reglas o disposiciones impida llegar a un acuerdo, puede admitirse razonablemente que las autoridades competentes tienen, como en el ámbito del arbitraje internacional, la posibilidad a título subsidiario de basarse en consideraciones de equidad a fin de satisfacer al contribuyente.

38.1. La conjunción de los convenios tributarios bilaterales firmados entre muchos Estados puede permitir a las autoridades competentes de esos Estados resolver casos de carácter multilateral en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 25 de dichos convenios. Puede llegarse a un acuerdo amistoso multilateral bien negociando un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados a los que concierne o negociando acuerdos amistosos bilaterales distintos, pero coherentes.

38.2. Puede procederse así, por ejemplo, para determinar la aplicación correcta de los beneficios entre los establecimientos permanentes que posee una empresa en dos Estados distintos con los que el Estado de la empresa tenga convenios de doble imposición. En tal caso los ajustes realizados respecto de las operaciones entre ambos establecimientos permanentes pueden afectar a la imposición de la empresa en el Estado de residencia. Sobre la base de los apartados 1 y 2 del artículo 25 de los convenios tributarios concluidos entre el Estado de la empresa y los Estados en los que están situados sus establecimientos permanentes, la autoridad competente del Estado de la empresa está claramente facultado para esforzarse para resolver el caso mediante un acuerdo amistoso con las autoridades competentes de los Estados en los que están situados los establecimientos permanentes y para determinar la atribución adecuada de los beneficios a los establecimientos permanentes de su residente conforme a ambos convenios. Cuando los convenios tributarios entre el Estado de la empresas y los Estados en los que están situados los establecimientos permanentes tengan versiones distintas del artículo 7 (por ejemplo, la versión incluida en el Modelo de la OCDE de 2010 en un convenio, y la versión anterior en el otro), las autoridades competentes pueden basarse en consideraciones de equidad, como se indica en el párrafo 38 más arriba, a fin de encontrar una solución que permita asegurar una imposición acorde a las disposiciones de los convenios aplicables.

38.3. Puede procederse así, por ejemplo, cuando un cierto número de empresas asociadas de distintos Estados participen en una serie de operaciones vinculadas integradas y existan convenios tributarios bilaterales entre los Estados de todas las empresas. Estas operaciones vinculadas integradas pueden darse, por ejemplo, cuando se cede un derecho sobre la propiedad intelectual en una operación vinculada entre dos miembros de un grupo de empresas multinacionales que usa después la licenciataria para fabricar los bienes que vende a otros miembros del grupo. En virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 25 de estos convenios tributarios, las autoridades competentes de los Estados de esas empresas están claramente facultadas para

hacer lo posible para determinar los precios de transferencia de plena competencia de las operaciones vinculadas conforme al principio de plena competencia enunciado en el artículo 9.

38.4. Como se señala en el párrafo 55 más adelante, en el caso multilateral descrito en el párrafo 38.2 el apartado 3 del artículo 25 del convenio tributario entre los Estados en los que estén situados los establecimientos permanentes permite a estos Estados consultarse entre sí a fin de asegurar el funcionamiento eficaz del convenio y la posibilidad de eliminar debidamente la doble imposición que pueda surgir en esa situación.

38.5. El deseo de certidumbre puede llevar a los contribuyentes a intentar obtener acuerdos previos de valoración (APV) multilaterales para determinar, por adelantado, los precios de transferencia en operaciones vinculadas entre empresas asociadas de diversos Estados. Cuando existan convenios bilaterales entre todos estos Estados y parezca que las medidas tomadas por al menos uno de ellos pueden entrañar para el contribuyente una imposición no acorde con las disposiciones del convenio, el artículo 25 de esos convenios permite a las autoridades competentes de esos Estados negociar de forma multilateral un conjunto de criterios adecuados para determinar los precios de transferencia de las operaciones vinculadas. Es posible llegar a un acuerdo previo de valoración de precios de transferencia bien negociando un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados a los que concierne, o negociando acuerdos amistosos bilaterales distintos, pero coherentes.

39. La última frase del apartado 2 tiene por objeto permitir a los países cuyo derecho interno prevé plazos para la rectificación de declaraciones y para las devoluciones tributarias, aplicar el acuerdo a pesar de la existencia de tales plazos. Sin embargo, esta disposición no impide que los Estados que, por motivos constitucionales u otras razones jurídicas, no puedan alterar los plazos establecidos en su derecho interno, establezcan en el propio procedimiento amistoso plazos en armonía con su propia legislación sobre prescripción (véase también el párrafo 62 de los Comentarios al artículo 7 y el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 9 en los que se propone un enfoque opcional que permite abordar esa cuestión en el Convenio). Es posible que, en casos extremos, un Estado contratante prefiera no suscribir un acuerdo amistoso cuya aplicación exigiría ignorar los plazos de prescripción (a reserva de la posible aplicación del apartado 5 cuando esa forma de proceder impida la resolución de un procedimiento amistoso). Independientemente de dichos plazos, la aplicación de un acuerdo puede tropezar con otros obstáculos, tales como “las decisiones judiciales firmes”. Los Estados contratantes pueden convenir las disposiciones oportunas para la remoción de estos obstáculos. Por lo que respecta al desarrollo práctico del procedimiento, se recomienda de manera general que las Administraciones tributarias se esfuercen por todos los medios para evitar, en la medida de lo posible, que el procedimiento amistoso fracase debido a retrasos en la ejecución o, cuando existan plazos de prescripción, por el efecto combinado de dichos plazos y de los retrasos en la ejecución.

40. El Comité de Asuntos Fiscales formuló una serie de recomendaciones sobre los problemas planteados por los ajustes correlativos de beneficios subsiguientes a los ajustes de precios de transferencia (aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 9), así como por las dificultades de aplicación del procedimiento amistoso a estas situaciones:

a) Las autoridades fiscales deben notificar a los contribuyentes, tan pronto como sea posible, su intención de efectuar un ajuste de precios de transferencia (y, cuando la fecha de tal notificación pueda ser importante, asegurarse de que se efectúe lo an-

tes posible una clara notificación formal); es, sin duda, particularmente útil la realización de contactos sobre todas las cuestiones pertinentes, de la manera más completa y tan pronto como sea posible, entre las autoridades fiscales y los contribuyentes dentro de la misma jurisdicción y, más allá de las fronteras nacionales, entre las empresas asociadas y las autoridades fiscales a las que afecta.

b) Las autoridades competentes deben establecer una comunicación tan flexible como sea posible, eligiendo la manera más apropiada (por escrito, por teléfono, o por medio de conversaciones personales o de grupo) y deben esforzarse por encontrar el medio más eficaz para resolver las cuestiones pertinentes. Debe fomentarse la utilización de las disposiciones del artículo 26 referentes al intercambio de información para ayudar a las autoridades competentes a tomar una decisión basada en una buena información de los hechos.

c) Durante el desarrollo de un procedimiento amistoso sobre cuestiones de precios de transferencia, debe darse al contribuyente afectado la oportunidad, en la medida de lo razonable, de exponer a las autoridades competentes, por escrito o verbalmente, los hechos y argumentos pertinentes.

41. Por lo que respecta al procedimiento amistoso en general, el Comité recomendó que:

a) Las formalidades inherentes al inicio y desarrollo de un procedimiento amistoso se reduzcan al mínimo y que se elimine toda formalidad innecesaria.

b) Los casos tratados en los procedimientos se resuelvan en función de sus propias circunstancias y no por referencia al conjunto de los resultados obtenidos en otros casos.

c) Las autoridades competentes, cuando sea oportuno, formulen y hagan públicas sus reglas, directrices y procedimientos internos referentes a la utilización del procedimiento amistoso.

42. Puede suceder que se concluya un acuerdo amistoso respecto a un contribuyente aun cuando se encuentre todavía pendiente una reclamación contenciosa interpuesta por dicho contribuyente, por la misma materia, ante la jurisdicción competente de uno u otro Estado contratante. En tal caso, no podrá rechazarse la solicitud de un contribuyente para diferir su aceptación de la solución convenida en el procedimiento amistoso, hasta que el tribunal haya resuelto el recurso. Otra posición que pueden adoptar las autoridades competentes mientras el contencioso del contribuyente siga su curso, consiste en diferir el análisis pormenorizado de las cuestiones concretas respecto de las que ese mismo contribuyente ha solicitado el procedimiento amistoso hasta el pronunciamiento del tribunal. Si la solicitud de inicio de un procedimiento amistoso realizada por el contribuyente afecta a años distintos que los que son objeto del recurso, pero es coincidente por lo que respecta a las cuestiones de hecho y de derecho, de forma que pueda inferirse que la decisión del tribunal afectará al tratamiento del contribuyente en relación con ejercicios no incluidos expresamente en el recurso, podrá adoptarse en la práctica la misma decisión que en el caso inmediatamente precedente. Ambas circunstancias, a saber: la abstención hasta el pronunciamiento del tribunal, o la suspensión del procedimiento amistoso durante el tiempo que dure el proceso del recurso interno, no vulnerarán ni extinguirán el plazo de dos años recogido en el apartado 5 del artículo. Naturalmente, si las autoridades competentes consideran, en alguna de estas circunstancias,

que el caso puede resolverse independientemente de los procedimientos seguidos al amparo de la legislación interna (debido, por ejemplo, a que la autoridad competente del Estado en el que se ha presentado la demanda o contencioso no esté legalmente vinculada u obligada por la sentencia que de estos se derive) el procedimiento amistoso podrá seguir el trámite habitual. La legislación interna podrá impedir a la autoridad competente mantener una cierta imposición cuando un tribunal haya estimado que dicha imposición no es acorde con las disposiciones del convenio. A la inversa, las autoridades competentes de algunos países no encontrarán impedimento legal para conceder una desgravación aunque un tribunal haya estimado que dicha imposición era acorde a las disposiciones del convenio. En tal caso, nada deberá impedir (por ejemplo, una regla o práctica administrativa) que las autoridades competentes lleguen a un acuerdo amistoso en virtud del que un Estado contratante corrija la imposición que dichas autoridades competentes consideren no acorde con las disposiciones del convenio, apartándose así de la decisión dictada por un tribunal de ese Estado.

43. La situación también es distinta cuando exista una reclamación contenciosa pendiente sobre una cuestión determinada, pero presentada por otro contribuyente distinto del que ha solicitado el inicio del procedimiento amistoso. En principio, si el caso del contribuyente que desea el inicio del procedimiento amistoso necesita que una o ambas autoridades competentes intervengan para impedir la imposición no acorde con el Convenio, esta intervención no debe retrasarse injustificadamente a la espera de una aclaración general de la ley emitida a instancia de otro contribuyente, aun cuando el contribuyente que ha solicitado el procedimiento amistoso pueda consentir tal retraso si es probable que tal interpretación favorezca sus intereses. En otros casos, las circunstancias pueden justificar el retraso de las discusiones enmarcadas en un procedimiento amistoso entre autoridades competentes, pero estas autoridades deberán tener en cuenta los límites temporales impuestos por el apartado 5 y, en la medida de lo posible, velarán para no poner en situación de desventaja al contribuyente que ha solicitado el inicio del procedimiento amistoso. Esto es posible, cuando la legislación interna así lo permita, difiriendo el pago del importe pendiente mientras no se reinicien las actuaciones, o al menos durante aquella parte del retraso que no sea imputable al contribuyente.

44. Dependiendo de los procedimientos internos, el contribuyente normalmente opta por la reparación y, en la mayoría de los casos, los procedimientos internos tales como recursos o contenciosos ante los tribunales quedan en suspenso a favor de los procedimientos amistosos, menos formales y de naturaleza bilateral.

45. Como se señaló anteriormente, el contribuyente puede tener un contencioso abierto sobre una cuestión determinada, o puede haberse reservado el derecho a optar a tal recurso previsto en la legislación interna y, a pesar de ello, las autoridades competentes pueden seguir considerando la posibilidad de alcanzar un acuerdo. En ese caso, no obstante, es necesario tener en cuenta la preocupación de una autoridad competente concreta por evitar las divergencias o contradicciones entre la decisión de los tribunales y el acuerdo amistoso que intenta alcanzarse, con las dificultades o riesgo de abuso que ello pueda suponer. En definitiva, la ejecución de tal acuerdo amistoso normalmente está subordinada:

— a la aceptación de este acuerdo amistoso por el contribuyente; y

— al desistimiento por este de la reclamación ante los tribunales en relación con los puntos resueltos en el procedimiento amistoso.

45.1. En algunos Estados puede recurrirse a acuerdos en los procesos de inspección (actas con acuerdo) como mecanismo que posibilita el cierre del procedimiento inspector. Como implica el término "acuerdo", suele haber concesiones por ambas partes, contribuyente y administración tributaria, que pueden plantear problemas difíciles cuando la comprobación trata sobre cuestiones relacionadas con la interpretación o aplicación de un convenio tributario que podría haberse resuelto mediante un procedimiento amistoso. Una de las concesiones que las administraciones tributarias suelen pedir a los contribuyentes es la de no instar recursos ulteriores, lo que en algunos casos incluye el acuerdo del contribuyente para no iniciar el procedimiento amistoso respecto de cuestiones incluidas en las actas con acuerdo. Es frecuente que de esos pactos se derive una doble imposición, lo que impide a las autoridades competentes llegar a un acuerdo bilateral mediante el procedimiento amistoso; esto puede conducir sin duda a que el otro Estado contratante se niegue a permitir la desgravación, en virtud de su legislación interna, del impuesto pagado en el primer Estado una vez firmada el acta con acuerdo. Por tanto, no debería obligarse a un contribuyente, como parte del acuerdo que pone fin a la inspección, a renunciar al derecho que le otorga el apartado 1 del artículo 25 de presentar su caso a una autoridad competente, ya que esto puede impedir la aplicación correcta del convenio tributario. No obstante, a los efectos de este apartado, los acuerdos en los procesos de inspección no incluyen los acuerdos alcanzados respecto de una divergencia relacionada con los convenios, resultantes de un proceso legal o administrativo de conciliación/resolución de controversias, independiente de las funciones de comprobación e inspección, y a los que solo se puede acceder a instancia del contribuyente. Los Estados deberán comunicar a sus socios de convenio la existencia de tales procesos legales o administrativos, y deben abordar expresamente los efectos que provocan respecto de los procedimientos amistosos, tanto en las directrices que haga públicas sobre dichos procesos como en las de su programa de procedimientos amistosos.

46. El criterio seguido en algunos Estados consiste en que el contribuyente no puede iniciar el procedimiento amistoso hasta haber pagado, total o parcial, de la deuda tributaria en litigio, siendo esta una condición indispensable. En su opinión, el pago del impuesto debido, que podrá devolverse total o parcialmente en función del resultado del procedimiento, es un requisito procedimental *sine qua non* no regulado por el artículo 25 y, por tanto, compatible con él. Un punto de vista opuesto a este, adoptado por muchos Estados, consiste en que el artículo 25 indica todo cuanto un contribuyente debe hacer antes de iniciar el procedimiento, y que dicho artículo no obliga al cumplimiento de tal requisito. Estos Estados fundamentan su criterio en el hecho de que el procedimiento puede iniciarse incluso antes de haber sometido a imposición al contribuyente, o de que se le haya notificado la liquidación (como se señala en el párrafo 14 anterior), aquiescentes de la inexistencia de tal requerimiento para los procedimientos iniciados por una autoridad competente en virtud del apartado 3.

47. El artículo 25 no ofrece una respuesta meridianamente clara sobre el hecho de si un procedimiento amistoso instado por un contribuyente puede denegarse sobre la base de la inexistencia del pago preceptivo, íntegro o parcial, del impuesto objeto de controversia. Sin embargo, con independencia del punto de vista que se adopte sobre esta cuestión, al aplicar el artículo debe admitirse que el procedimiento amistoso ratifica las disposiciones sustantivas del Convenio y que por tanto el texto del artículo 25 debe entenderse en este contexto e interpretarse a la luz del objeto y propósitos del Convenio, comprendida la evitación de la doble imposición y la prevención de la elusión y evasión fiscales.

47.1. A diferencia de las controversias que atañen exclusivamente a la aplicación de la legislación interna de un Estado contratante, aquellas que se abordan mediante el procedimiento amistoso estarán relacionadas en la mayoría de los casos con la doble imposición. Por tanto, los Estados deben tener en cuenta, en la medida de lo posible, los problemas de liquidez al requerir pagos anticipados de un importe que el contribuyente califica de exigido, al menos en parte, en contra de las disposiciones del convenio pertinente. Incluso, si un procedimiento amistoso concluye con la eliminación de la doble imposición u otra imposición no acorde con el convenio, la exigencia del pago del impuesto con carácter previo a la conclusión del procedimiento amistoso puede suponer un coste financiero para el contribuyente en relación con el importe indebidamente cobrado, durante el tiempo que transcurra hasta la resolución del procedimiento amistoso, al menos en el frecuente caso de que la normativa sobre pago de intereses de los Estados contratantes en cuestión no compensen íntegramente al contribuyente por dicho coste. Esto significa, por tanto, que en tales casos el procedimiento amistoso no lograría el objetivo de eliminar complemente, en términos económicos, la carga de la doble imposición u otra imposición no acorde con el Convenio. Aun cuando en última instancia se eliminara esa carga económica, la exigencia impuesta al contribuyente de pagar impuestos que gravan una misma renta en dos Estados contratantes, puede suponerle dificultades en la gestión de efectivo incompatibles con los objetivos del convenio, consistentes en la eliminación de obstáculos para el comercio y la inversión internacionales. Como mínimo, el pago de los importes pendientes del impuesto no debe constituir un requisito para iniciar el procedimiento amistoso si no lo es para iniciar una revisión en virtud de la legislación interna. Los Estados pueden preverlo así expresamente en el Convenio añadiendo el siguiente texto al final del apartado 2:

> La suspensión de los procedimientos de liquidación y recaudación durante la resolución del procedimiento amistoso será aplicable en las mismas condiciones que rigen para las personas que insten procedimientos judiciales o administrativos.

Resultará también, como mínimo, que si el procedimiento amistoso se inicia antes de que se le exija el impuesto al contribuyente (por ejemplo, mediante una liquidación), el pago podrá exigirse únicamente una vez que el impuesto se haya exigido.

48. Las razones descritas en el párrafo anterior hacen deseable la suspensión de la recaudación del impuesto mientras esté pendiente la resolución de un procedimiento amistoso. Además, toda exigencia de pago de una liquidación tributaria como condición necesaria para poder optar a un procedimiento amistoso orientado a obtener la desgravación de ese mismo impuesto es, en términos generales, incoherente con el principio de que el procedimiento amistoso constituya un procedimiento de uso común para resolver tales controversias. Otra desafortunada complicación que se deriva de esta exigencia puede ser la demora en la resolución de los casos cuando uno de los países sea más reticente a la celebración de buena fe de las discusiones que conforman el procedimiento amistoso en los casos en que el resultado probable sea la devolución de impuestos efectivamente recaudados. En muchos Estados, la suspensión de los procedimientos de liquidación/recaudación durante el procedimiento amistoso puede exigir cambios legislativos para poder llevarlo a efecto. Los Estados que deseen prever expresamente en el Convenio la suspensión de los procedimientos de liquidación y recaudación pueden hacerlo añadiendo el texto que sigue al final del apartado 2:

> Durante el procedimiento amistoso y hasta su resolución, los procedimientos de liquidación y recaudación quedarán suspendidos.

En relación con la suspensión de la recaudación de los impuestos hasta la resolución del procedimiento amistoso, es importante recordar la posibilidad de adoptar medidas cautelares conforme a las disposiciones del apartado 4 del artículo 27.

48.1. Dado que pueden existir diferencias notables entre los procedimientos de liquidación y recaudación de los Estados contratantes, sería importante comprobar, en el transcurso de las negociaciones bilaterales, cómo operan dichos procedimientos en cada Estado mientras siga abierto el procedimiento amistoso, a fin de poder superar las dificultades que puedan plantear para la aplicación efectiva del artículo. Por ejemplo, cuando un Estado adopte la posición de que el pago del impuesto pendiente es condición previa para que el contribuyente pueda instar el inicio del procedimiento amistoso, debe notificarlo a su contraparte durante las negociaciones de los términos del convenio. Cuando ambos Estados contratantes apliquen este criterio, participarán de un criterio común, pero existirá el riesgo de que se exija al contribuyente pagar el importe del impuesto dos veces. Cuando la legislación interna (o una disposición del convenio como la que figura en el párrafo anterior) lo permita, para evitar esta situación los Estados contratantes podrían considerar la posibilidad de retener el mayor de esos importes en concepto de depósito de garantía, fondo fiduciario, o similar, pendiente del resultado del procedimiento amistoso. Otra posibilidad sería la de satisfacer el requisito impuesto por las autoridades competentes mediante la presentación de una garantía bancaria emitida por la entidad de la que es cliente el contribuyente. Otro criterio posible sería que uno de los Estados (elegido en función de la fecha de liquidación, por ejemplo, o por la condición de residencia en virtud del convenio) pudiera exigir únicamente el pago de la diferencia entre el importe pagado al otro Estado y el que este Estado reclama, en caso de que la hubiera. Qué estas posibilidades sean factibles o no dependerá de la legislación interna (comprendidos los requisitos administrativos) de los Estados concretos y de las disposiciones del convenio aplicable, pero constituyen opciones a las que debe prestarse la máxima atención a fin de conducir el procedimiento amistoso por los cauces más eficaces posibles. Cuando los Estados exijan el pago de los importes pendientes del impuesto como condición previa para que el contribuyente pueda solicitar el inicio del procedimiento amistoso, o para pasar a considerar una determina cuestión durante tal procedimiento, deberán contar con un sistema que permita la devolución de los intereses correspondientes a los importes subyacentes que deban devolverse al contribuyente como resultado del acuerdo alcanzado por las autoridades competentes. El pago de dichos intereses deberá reflejar adecuadamente el valor del importe subyacente y el período durante el que ese importe no estuvo a disposición del contribuyente.

49. El párrafo 4 de los Comentarios al artículo 2 aclara que si bien la mayoría de los Estados no consideran que los intereses y las sanciones administrativas accesorias a los impuestos comprendidos en el artículo 2 estén incluidos por sí mismos en el ámbito de dicho artículo, cuando dichos intereses y sanciones administrativas estén directamente relacionados con los impuestos incluidos en el artículo, deberán minorarse o suprimirse en la misma proporción que lo sea el impuesto comprendido al que correspondan, en aplicación del procedimiento amistoso. Por consiguiente, un Estado contratante que haya aplicado intereses o una sanción administrativa calculados en función de un impuesto subyacente exigible (o en función de otro importe aplicable para el cálculo del impuesto, como el importe de un ajuste o de una renta imponible) y que después haya acordado, en virtud de un procedimiento amistoso previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 25, la reducción o la supresión del im-

puesto subyacente exigible, deberá minorar o suprimir en la misma proporción el importe de los intereses o de la sanción administrativa.

49.1. Por el contrario, la imposición de otras sanciones administrativas (por ejemplo, una sanción por incumplimiento del deber de conservación de documentación adecuada sobre precios de transferencia) puede derivarse del incumplimiento de la legislación interna y no estar directamente relacionada con un impuesto u obligación objeto de un procedimiento amistoso. Por lo general, esas sanciones administrativas no están comprendidas en el ámbito de los procedimientos amistosos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 25. Sin embargo, en aplicación del apartado 3, las autoridades competentes podrán consultarse y acordar, en un caso concreto, que una sanción no relacionada directamente con una imposición no acorde con el Convenio no estaba o ya no está justificada. Por ejemplo, cuando se ha impuesto una sanción administrativa por fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso por un cierto importe fijo, y posteriormente, en el marco del procedimiento amistoso se concluye que no existió tal intención de fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso, las autoridades competentes pueden decidir la retirada de la sanción por el Estado contratante que la aplicó. En virtud del apartado 3 del artículo, las autoridades competentes pueden concluir igualmente un acuerdo amistoso de carácter general, mediante el que acuerden esforzarse para resolver, vía procedimiento amistoso y en virtud de los apartados 1 y 2, las cuestiones relativas a los intereses y sanciones administrativas que generen dificultades o dudas respecto de la aplicación del Convenio. Si lo estiman preferible, los Estados contratantes podrán prever expresamente en el apartado 2 del artículo 25 la aplicación de dicho apartado a los intereses y sanciones administrativas incluidos en los procedimientos amistosos presentados conforme al apartado 1, añadiendo una segunda frase del tenor:

> Las autoridades competentes también harán lo posible por acordar la aplicación de las disposiciones de su legislación interna relativas a los intereses y sanciones administrativas relacionadas con el caso.

49.2. Por lo general, las sanciones penales impuestas por la fiscalía o por un tribunal no estarán comprendidas en el ámbito del procedimiento amistoso. En muchos Estados, las autoridades competentes no tendrán capacidad legal para reducir o anular esas sanciones.

49.3. El resultado frecuente de los acuerdos amistosos es que un Estado contratante mantenga la imposición aplicada mientras que el otro tendrá que devolver total o parcialmente el impuesto exigido. En estos casos, el contribuyente puede tener que soportar una carga económica importante si existen asimetrías en la manera en que los dos Estados contratantes tratan los intereses debidos por razón de deudas tributarias o los devengados en el caso de devolución del impuesto soportado. Así ocurre, por ejemplo, cuando el primer Estado contratante ha aplicado intereses de demora sobre el impuesto objeto de la solicitud de procedimiento amistoso y el segundo Estado contratante no aplica intereses sobre el sobrepago que tiene que devolver al contribuyente. Por ello, los Estados contratantes deben adoptar un criterio flexible para procurar la compensación de los intereses accesorios al impuesto exigible que es objeto de la solicitud de procedimiento amistoso. La exoneración de los intereses está particularmente indicada durante el procedimiento amistoso, dado que el tiempo que lleva la resolución del caso a través de este procedimiento escapa, en su mayor parte, al control del contribuyente. Podrá ser necesario realizar cambios en la legislación interna de los Estados contratantes para posibilitar que las autoridades competentes puedan exonerar los intereses en el marco del procedimiento amistoso.

49.4. El objeto que persigue el Convenio, a saber, evitar la doble imposición, y la obligación que tienen los Estados de aplicar dichos convenios de buena fe, sugieren que los intereses y sanciones no deben aplicarse de forma que disuadan a los contribuyentes de iniciar un procedimiento amistoso por razón del coste y del efecto sobre la gestión de efectivo que puedan entrañar. Los intereses de demora y las sanciones administrativas no deben aplicarse de forma que disuadan al contribuyente de los beneficios del Convenio o que anulen su confianza en los mismos, comprendido su derecho de iniciar un procedimiento amistoso al amparo del artículo 25. Por ejemplo, la exigencia por parte de un Estado de pagar las sanciones e intereses pendientes no debe suponer para el contribuyente una carga mayor en el contexto del procedimiento amistoso de lo que la tendría en el contexto de la solicitud presentada por el contribuyente para una revisión al amparo de la normativa tributaria nacional.

Apartado 3

50. La primera frase de este apartado invita y faculta a las autoridades competentes para resolver, cuando sea posible, las dificultades de interpretación o aplicación por la vía del procedimiento amistoso. Se trata, principalmente, de dificultades de índole general referentes, o que pueden referirse, a una categoría de contribuyentes, incluso en el caso de que se hayan suscitado con ocasión de un caso particular incluido normalmente en el procedimiento aludido en los apartados 1 y 2.

51. Esta disposición permite resolver las dificultades surgidas en la aplicación del Convenio. Estas dificultades no son solamente las de orden práctico que puedan derivarse de la instauración y aplicación de los procedimientos de desgravación de los impuestos retenidos sobre dividendos, intereses y cánones en el Estado contratante en donde se han generado estas rentas, sino aquellas que puedan comprometer o complicar la aplicación normal de las cláusulas del Convenio, tal como las han concebido sus negociadores, y cuya solución no depende de un acuerdo previo sobre la interpretación del Convenio.

52. Conforme a esta disposición, las autoridades competentes pueden, en especial:

— Completar o precisar el sentido de un término definido de manera incompleta o ambigua en el Convenio, para evitar cualquier dificultad.

— Solventar las dificultades que puedan surgir de un nuevo régimen impositivo establecido en un Estado contratante que no altere el equilibrio y sustancia del Convenio.

— Determinar si, y en qué condiciones, los intereses pueden tratarse como dividendos en aplicación de las reglas sobre subcapitalización del país del prestatario y beneficiarse de la eliminación de la doble imposición en el país de residencia del prestamista en las mismas condiciones que los dividendos (por ejemplo, en la desgravación concedida bajo el régimen matriz/filial, cuando esta desgravación esté prevista en el convenio bilateral aplicable).

— Concluir acuerdos previos de valoración de precios de transferencia (APV), así como APV multilaterales con autoridades competentes de terceros Estados con los que cada Estado contratante haya concluido un convenio tributario bilateral cuando existan dificultades o dudas respecto de la interpretación o aplicación de los convenios (especialmente en los casos en los que no es probable que las acciones de

los Estados contratantes vayan a generar una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio). Puede llegarse a un acuerdo previo de valoración de precios de transferencia multilateral bien negociando un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados a los que concierne o negociando acuerdos amistosos bilaterales distintos, pero coherentes.

— Determinar los procedimientos, condiciones y modos de aplicación de los apartados 1 y 2 a los casos multilaterales, así como de la segunda frase de este apartado (véanse los párrafos 38.1 a 38.5 anteriores y los párrafos 55 a 55.2 a continuación), así como para la participación de terceros Estados en el procedimiento amistoso cuando la solución de un caso pueda afectar a la imposición en esos terceros Estados o viceversa.

53. El apartado 3 atribuye a las "autoridades competentes de los Estados contratantes" (es decir, generalmente a los Ministros de Hacienda o sus representantes autorizados, habitualmente responsables de la aplicación del Convenio) facultades para solventar las dificultades que puedan producirse en la interpretación del Convenio mediante un acuerdo amistoso. Sin embargo, no hay que olvidar que, según la legislación interna de los Estados contratantes, otras autoridades (Ministerio de Asuntos Exteriores, tribunales) pueden tener potestad para interpretar los tratados y acuerdos internacionales tanto como las "autoridades competentes" señaladas en el Convenio, y que, en ocasiones, esta potestad es exclusiva de estas otras autoridades.

54. Los acuerdos amistosos que resuelven las dificultades generales de interpretación o aplicación vinculan a las Administraciones en tanto que las autoridades competentes no acuerden modificar o derogar dicho acuerdo amistoso.

55. La segunda frase del apartado 3 permite a las autoridades competentes abordar también los casos de doble imposición no comprendidos en el ámbito de las disposiciones del Convenio. A este respecto, presenta especial interés el caso de un residente de un tercer Estado que tenga establecimientos permanentes en los dos Estados contratantes. La segunda frase del apartado 3 permite a las autoridades competentes consultarse para tratar de eliminar la doble imposición que pueda surgir en el caso de operaciones internas entre los establecimientos permanentes. Esta situación se produciría, por ejemplo, cuando uno o ambos Estados contratantes no tuvieran convenio con el tercer Estado. Cuando ambos Estados contratantes tengan un convenio con el tercer Estado, la conjunción de estos dos convenios podría, no obstante, permitir a las autoridades competentes de los tres Estados resolver el caso mediante un acuerdo amistoso en aplicación de los apartados 1, 2 o 3 del artículo 25 de esos convenios (véanse los párrafos 38.2 y 38.4 anteriores). Un acuerdo multilateral entre las autoridades competentes de todos los Estados a los que atañe es la mejor forma de garantizar que pueda eliminarse cualquier doble imposición que pueda surgir.

55.1. Habrá Estados contratantes cuya legislación interna impida que el Convenio se complemente tratando puntos no abordados explicita, o al menos implícitamente, en el mismo. En esos casos, el Convenio puede complementarse mediante un protocolo en el que se aborde la cuestión. Sin embargo, la segunda frase del apartado 3 no permite a los Estados contratantes eliminar la doble imposición cuando proceder a ello sea contrario a sus respectivas normativas internas o no esté autorizado por las disposiciones de los convenios tributarios aplicables. Esa frase solo permite a los Estados contratantes, en los casos no previstos en el

Convenio, consultarse para tratar de eliminar la doble imposición ateniéndose a sus respectivas legislaciones internas o a un convenio tributario que uno de los Estados contratantes haya firmado con un tercer Estado. Así, por ejemplo, en el caso de una empresa de un tercer Estado que tenga establecimientos permanentes en ambos Estados contratantes, la segunda frase del apartado 3 permite a las autoridades competentes de los Estados contratantes ponerse de acuerdo respecto de los hechos y circunstancias de un caso, a fin de aplicar sus respectivas legislaciones tributarias de forma coherente, en especial en lo referente a las operaciones internas entre esos establecimientos permanentes. Los Estados contratantes pueden eliminar la doble imposición habida en los beneficios de dichos establecimientos permanentes aunque, únicamente en la medida en que se lo permitan sus respectivas legislaciones internas o las disposiciones de un convenio tributario firmado entre un Estado contratante y ese tercer Estado (es decir, aplicando las disposiciones del artículo 7 y del artículo 23 de un convenio tributario firmado entre un Estado contratante y el tercer Estado). Como muestran estos ejemplos, el apartado 3 juega por tanto un papel crucial a la hora de permitir a las autoridades competentes consultarse para garantizar que los convenios tributarios operan de forma efectiva y coordinada.

55.2. En virtud de la primera frase del apartado 3, las autoridades competentes pueden acordar, en términos generales, que harán lo posible por resolver con las autoridades competentes de cualquier tercer Estado los casos presentados al amparo del apartado 1 cuando sea probable que la imposición sobre la renta o sobre el patrimonio en ese tercer Estado vaya a afectar la resolución del caso o viceversa. Los Estados contratantes que deseen prever expresamente los procedimientos amistosos multilaterales en sus convenios, pueden utilizar la siguiente redacción alternativa del apartado 2:

> 2. La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si no puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver el caso mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición no acorde al Convenio. Cuando la resolución del caso pueda afectar a la imposición de la renta o del patrimonio en un tercer Estado, o viceversa, las autoridades competentes harán lo posible por resolver el caso mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente de dicho tercer Estado, con la condición de que exista un convenio tributario en vigor entre cada Estado contratante y ese tercer Estado, y de que la autoridad competente de ese tercer Estado se comprometa, en el plazo de tres años previsto en el apartado 1, a consultar a las autoridades competentes de los Estados contratantes a fin de resolver el caso vía acuerdo amistoso. A fin de resolver el caso, las autoridades competentes tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de este Convenio junto con las disposiciones pertinentes de los convenios tributarios firmados entre los Estados contratantes y cualquier otro tercer Estado que participe del procedimiento amistoso. Los acuerdos alcanzados serán aplicables independientemente de los plazos previstos en el derecho interno de los Estados contratantes.

Apartado 4

56. Este apartado fija las modalidades de consulta entre las autoridades competentes para resolver, mediante acuerdo amistoso, un caso particular sometido al procedimiento definido en los apartados 1 y 2 o bien problemas generales relativos especialmente a la interpretación o aplicación del Convenio y que se citan en el apartado 3.

57. Establece primero que las autoridades competentes pueden comunicarse directamente entre ellas. No es, por tanto, necesario acudir a la vía diplomática.

58. Las autoridades competentes pueden comunicarse por carta, fax, teléfono, reuniones personales o por cualquier otro medio que estimen conveniente. Pueden también, si lo desean, constituir una comisión mixta a ese fin.

59. En lo que se refiere a esta comisión mixta, el apartado 4 deja a las autoridades competentes de los Estados contratantes la determinación del número de sus miembros, así como sus reglas procedimentales.

60. Sin embargo, aun cuando los Estados contratantes pueden suprimir cualquier formalidad en este terreno, tienen la obligación de ofrecer a los contribuyentes cuyos casos se hayan planteado ante esta comisión mixta por aplicación del apartado 2, ciertas garantías esenciales, particularmente:

— el derecho a formular sus observaciones, por escrito o verbalmente, en persona o por medio de representante;

— el derecho a ser asistidos por un asesor.

61. Por el contrario, no parece justificada la comunicación al contribuyente o a su representante del expediente, dada la naturaleza particular del procedimiento.

62. Sin olvidar la libertad de elección de que gozan en principio las autoridades competentes para la designación de sus representantes en la comisión mixta, sería deseable que estas autoridades confiaran la presidencia de cada delegación, que puede estar integrada por uno o varios representantes del servicio responsable del procedimiento, a un alto funcionario o juez designado esencialmente en razón de su experiencia específica; es razonable suponer, en efecto, que la intervención de tales personalidades facilitaría la obtención de los acuerdos.

Apartado 5

63. En este apartado se establece que cuando las autoridades competentes no puedan alcanzar un acuerdo conforme a lo dispuesto en el apartado 2 en el plazo de dos años, las cuestiones pendientes serán resueltas mediante arbitraje, a instancia realizada por escrito por la persona que presentó el caso. Este proceso no precisa de autorización previa por las autoridades competentes: una vez satisfechos los requisitos procedimentales deben remitirse a arbitraje las cuestiones no resueltas que impidan alcanzar el acuerdo amistoso.

64. El procedimiento arbitral previsto en este apartado no es un recurso alternativo ni adicional: cuando las autoridades competentes alcancen un acuerdo pleno que no deje cuestiones pendientes en relación con la aplicación del Convenio, no habrá cuestiones irresolutas que puedan remitirse a arbitraje, aun cuando la persona que haya solicitado el procedimiento amistoso no considere que el acuerdo alcanzado por las autoridades competentes ofrezca una solución idónea. Por consiguiente, el apartado es una extensión del procedimiento amistoso cuyo propósito es mejorar la eficacia de dicho procedimiento, asegurando que cuando las autoridades competentes no puedan alcanzar un acuerdo en relación con una o más cuestiones que impidan la resolución del caso, sea aún posible llegar a un acuerdo remitiendo a arbitraje dichas cuestiones no resueltas. Por tanto, en virtud de este apartado, sigue llegándose a la resolución del caso mediante el procedimiento amistoso, mientras que la resolución de una cuestión concreta que impide el acuerdo en ese caso se realiza a través del procedimiento arbitral. Este hecho diferencia el proceso instituido en el apartado 5 de otras formas

de procedimiento arbitral comercial o público-privado en los que la competencia del órgano arbitral abarca la resolución íntegra del caso.

65. Antes de 2017, una nota a pie de página referida al apartado 5 señalaba que, en algunos Estados, la legislación interna o razones de índole normativa o administrativa, podían impedir o no sustentar el tipo de procedimiento arbitral previsto en ese apartado, y citaba el ejemplo de los obstáculos constitucionales que podían impedir a los árbitros pronunciarse sobre materias tributarias. Sin embargo, la nota a pie de página se eliminó, reconociendo así la importancia de incluir un mecanismo de arbitraje que garantice la solución de las controversias entre autoridades competentes cuando esas controversias puedan impedir que el procedimiento amistoso cumpla su función.

65.1. El apartado 5 enuncia las condiciones esenciales del procedimiento arbitral. La última frase del apartado requiere expresamente a las autoridades competentes que acuerden el modo de aplicación de ese procedimiento, por lo que cabe esperar que la mayoría de los aspectos procedimentales del procedimiento arbitral se determinen mediante acuerdo entre las autoridades competentes (véase el párrafo 85 más adelante y el "acuerdo amistoso sobre el procedimiento arbitral" estándar incluido en el Anexo). Sin embargo, algunos Estados pueden preferir incorporar al propio Convenio algunos de estos aspectos procedimentales. Si bien esto incrementa la complejidad de la disposición sobre arbitraje, un Estado puede considerar que la importancia de algunos de estos aspectos (como las normas relativas a la designación de los árbitros y a la confidencialidad de la información que se les comunica) es tal que deben abordarse en el propio Convenio. La Parte VI del Convenio multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (el "Convenio multilateral"), que quedó abierto para la firma el 31 de diciembre de 2016, es un buen ejemplo de convenio que incluye muchos de los aspectos procedimentales del procedimiento arbitral.

66. Algunos Estados podrán estar interesados en incluir el apartado 5 pero limitando su aplicación a un rango menor de casos. Por ejemplo, el acceso al arbitraje puede circunscribirse a los casos que entrañen cuestiones de naturaleza básicamente objetiva. También puede garantizarse la viabilidad del procedimiento arbitral para las cuestiones que se deriven de determinados tipos de casos, por ejemplo, casos muy objetivos tales como los relacionados con los precios de transferencia o con la determinación de la existencia de un establecimiento permanente, pudiendo ampliar el arbitraje a otras cuestiones determinables individualmente. Los Estados que deseen limitar la aplicación del apartado 5 deben tener muy presente que una restricción significativa en el ámbito de aplicación de la disposición sobre arbitraje puede limitar su capacidad para resolver eficazmente las cuestiones no resueltas derivadas de un procedimiento amistoso.

66.1. Cuando el apartado 5 se incluya en un nuevo convenio que sustituya a un convenio anterior en el que se incluyó una cláusula sobre arbitraje o al que era aplicable la Parte VI del Convenio multilateral, los Estados contratantes deberán precisar si el apartado 5 del nuevo convenio es aplicable a los casos relacionados con las disposiciones del convenio anterior. Si no fuera así, los Estados contratantes deben garantizar que la disposición sobre arbitraje del convenio anterior o la Parte VI del Convenio multilateral, según sea el caso, continúan aplicándose a fin de garantizar el arbitraje de las cuestiones no resueltas surgidas durante la aplicación de las disposiciones de ese convenio anterior.

67. Asimismo, los Estados miembros de la Unión Europea pueden querer coordinar el ámbito del apartado 5 con las obligaciones contraídas en virtud de los instrumentos jurídicos que les son aplicables. Esta coordinación debe garantizar que, en aplicación de ese instrumento jurídico, el arbitraje es posible aun cuando su apartado 5 tenga un ámbito más limitado. Esto puede lograrse, por ejemplo, incluyendo en el artículo 25 otro párrafo redactado en los siguientes términos:

> El apartado 5 se entenderá sin perjuicio del cumplimiento de obligaciones más amplias resultantes de otros instrumentos jurídicos aplicables a los Estados contratantes y que traten sobre el arbitraje de las cuestiones no resueltas a las que se refiere dicho apartado.

La coordinación debe permitir igualmente garantizar que las cuestiones no resueltas que entren en el campo de aplicación del apartado 5 no estén sujetas a procedimientos de arbitraje a la vez en virtud de ese apartado y de otro instrumento jurídico.

68. El contribuyente debe poder solicitar el sometimiento a arbitraje de las cuestiones no resueltas en todos los casos de procedimientos amistosos presentados conforme al apartado 1, sobre la base de que las acciones de uno o de ambos Estados contratantes implican para una persona una imposición no acorde con las disposiciones de este Convenio. Cuando no pueda recurrirse al procedimiento amistoso, por ejemplo debido a la existencia de infracciones graves que entrañen la aplicación de sanciones considerables (véase el párrafo 26), sobra señalar la inaplicabilidad del apartado 5.

69. Cuando dos Estados contratantes que no hayan incluido el apartado en su convenio deseen instituir el procedimiento arbitral de aplicación general o para un caso concreto, aún podrán hacerlo mediante un acuerdo amistoso. En ese caso, las autoridades competentes pueden concluir un acuerdo amistoso siguiendo el tenor del estándar propuesto en el anexo, al que añadirán el siguiente apartado 1:

> 1. Cuando
>
> *a*) en virtud del apartado 1 del artículo 25 del Convenio, una persona haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición no acorde con las disposiciones de este Convenio, y
>
> *b*) las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver el caso conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo en el plazo de dos años desde la fecha en que ambas autoridades competentes hayan recibido toda la información requerida para abordarlo,
>
> toda cuestión no resuelta que se derive de ese caso se someterá a arbitraje de acuerdo con lo dispuesto en los siguientes apartados si esa persona lo solicita por escrito. Sin embargo, este sometimiento a arbitraje no podrá realizarse cuando un órgano jurisdiccional o administrativo de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones no resueltas. A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que aplique la decisión arbitral, las autoridades competentes se comprometen mediante esta cláusula a considerarse vinculadas por la decisión arbitral y a resolver el caso en virtud del apartado 2 del artículo 25 conforme a lo dispuesto en dicha decisión.

Los términos del acuerdo abordarán los distintos aspectos estructurales y procedimentales que se señalan en el anexo. Dado que las autoridades competentes quedan, por tanto, vinculadas por dicho procedimiento, el acuerdo se emite como parte del procedimiento amistoso,

por lo que únicamente será efectivo en tanto que las autoridades competentes sigan estando de acuerdo en seguirlo a fin de resolver los casos que no hayan podido solventar mediante un procedimiento amistoso tradicional.

70. El apartado 5 establece que toda persona que haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante en virtud del apartado 1, alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes le han supuesto una imposición no acorde con las disposiciones de este Convenio, puede solicitar por escrito que toda cuestión irresoluta que se derive del caso se someta a arbitraje. Esta solicitud puede realizarse en cualquier momento una vez transcurrido el plazo de dos años contados desde la fecha en que ambas autoridades competentes hayan recibido toda la información requerida para abordarlo. Por tanto, el procedimiento arbitral no es automático. El interesado puede optar por esperar más allá de la conclusión del plazo de dos años (por ejemplo, para permitir que las autoridades competentes dispongan de más tiempo para resolver el caso en virtud del apartado 2) o, simplemente, desistir del caso.

70.1. Los Estados que consideren que el plazo de dos años es demasiado corto pueden modificar la disposición de forma que la solicitud de arbitraje se permita únicamente una vez transcurridos tres años. Del mismo modo, los Estados podrán establecer libremente un plazo más largo, en determinadas circunstancias, antes de permitir la presentación de una solicitud de arbitraje en casos específicos. Esto puede hacerse, por ejemplo, permitiendo a las autoridades competentes acordar, de forma individualizada, un plazo distinto antes de la expiración del plazo de dos años, lo que se conseguiría redactando el subapartado *b*) en los siguientes términos:

> *b*) las autoridades competentes no pueden ponerse de acuerdo para resolver el caso conforme a lo dispuesto en el apartado 2 en el plazo de dos años contados desde la fecha en la que ambas autoridades competentes hayan recibido la información requerida para abordarlo (a menos que, antes de la expiración de dicho plazo, las autoridades competentes de los Estados contratantes hayan acordado un plazo distinto para ese caso y así se lo hayan notificado a la persona que lo planteó).

70.2. Los Estados pueden tener igualmente interés en suspender el plazo de dos años en aquellas circunstancias en las que el procedimiento amistoso se haya suspendido también. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el objeto del procedimiento amistoso sean una o más cuestiones también pendientes de resolución ante un órgano jurisdiccional o administrativo y un Estado contratante no permita al contribuyente instar simultáneamente un procedimiento amistoso y un recurso ante los órganos jurisdiccionales o administrativos (véase el párrafo 76). Puede ocurrir también que una autoridad competente acuerde con la persona que presentó el caso la suspensión del procedimiento amistoso (por ejemplo, por razón de una enfermedad grave u otra dificultad personal). La siguiente disposición puede añadirse al apartado 5 a fin de abordar esos casos:

> Cuando una autoridad competente haya suspendido el procedimiento amistoso al que se refiere el apartado 1 por hallarse pendiente ante un órgano jurisdiccional o administrativo un caso relacionado con una o más de las cuestiones del procedimiento, se interrumpirá el plazo previsto en el subapartado *b*) hasta que el caso instado ante los órganos jurisdiccionales o administrativos quede en suspenso o se retire. Asimismo, cuando la persona que plantee el caso y la autoridad competente acuerden suspender el procedimiento amistoso, el plazo previsto en el subapartado *b*) quedará interrumpido hasta el levantamiento de la suspensión.

70.3. En determinadas circunstancias, después de que un contribuyente haya comunicado la información inicial necesaria para proceder a un examen en profundidad del caso, las autoridades competentes pueden necesitar requerirle información adicional. Por ejemplo, una vez iniciado el plazo estipulado en el apartado *b*) y tras un análisis ulterior del caso, una autoridad competente puede decidir que necesita más información para poder llegar a un acuerdo sobre cómo resolver una cuestión pendiente. En esos casos, el retraso en la comunicación de la información adicional por una persona directamente afectada por el caso puede provocar que las autoridades competentes no puedan resolver el caso o lo hagan con retraso. Este problema puede regularse recurriendo a la redacción alternativa del subapartado *b*) que se sugiere en el párrafo 70.1 anterior, que permite a las autoridades competentes acordar, de forma individualizada, un plazo distinto. Por otro lado, puede regularse también en el procedimiento amistoso que definirá el modo de aplicación de la disposición sobre arbitraje, por ejemplo, disponiendo que el plazo de dos años se prolongará cuando ambas autoridades competentes convengan que una persona a la que concierne directamente el caso no ha comunicado a su debido tiempo la información complementaria solicitada por cualquiera de las autoridades competentes una vez iniciado el plazo previsto en el subapartado *b*) (véase el artículo 7 del acuerdo amistoso estándar del anexo; si no se utiliza la disposición alternativa del apartado 70.1 puede incluirse una cláusula similar en el propio convenio).

71. En virtud del apartado 2 del artículo 25, las autoridades competentes deben hacer lo posible por resolver los casos presentados conforme al apartado 1, a fin de evitar una imposición no acorde al Convenio. Por tanto, a los efectos del apartado 5, no debe considerarse que se haya resuelto el caso en tanto que quede al menos una cuestión respecto de la que las autoridades competentes estén en desacuerdo y que, atendiendo al criterio de una de ellas, revele una imposición no acorde con el Convenio. Por tanto, una de las autoridades competentes no puede decidir unilateralmente que se ha concluido el caso y que el interesado no puede recurrir al arbitraje en relación con las cuestiones no resueltas; del mismo modo, ambas autoridades competentes no pueden considerar que el caso se ha resuelto y denegar la solicitud de arbitraje si quedan cuestiones no resueltas que les impiden estar de acuerdo en que no ha existido imposición no acorde al Convenio. Sin embargo, cuando las dos autoridades competentes estén de acuerdo en que la imposición por ambos Estados es conforme con el Convenio, no quedarán cuestiones irresolutas y el caso podrá considerarse resuelto, aun cuando pudiera existir una doble imposición no contemplada en las disposiciones del Convenio.

72. Únicamente se puede recurrir al procedimiento arbitral cuando la persona que insta el procedimiento considere que la imposición no acorde con lo dispuesto en el Convenio ha resultado efectivamente de las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes. Por el contrario, no puede recurrirse a dicho procedimiento arbitral cuando se arguya que dichas acciones originarán, con el tiempo, tal imposición, aun cuando estos casos puedan someterse a la autoridad competente en virtud del apartado 1 del artículo (véase el párrafo 70 anterior). A tales efectos, se considera que la imposición ha surgido de las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes desde el momento en que, por ejemplo, se paga el impuesto, o se emite una liquidación u otro medio de determinar la obligación, o incluso en los casos en que las autoridades fiscales notifican formalmente al contribuyente su intención de gravar ciertos elementos de renta.

73. En su tenor actual, el apartado 5 prevé únicamente el arbitraje respecto de las cuestiones no resueltas que se desprenden de los casos presentados en virtud del apartado 1 del

artículo. Los Estados que deseen ampliar el ámbito del apartado de forma que comprenda también los procedimientos amistosos instados en virtud del apartado 3 del artículo, tienen plena libertad para hacerlo. En ciertos casos, el procedimiento amistoso puede plantearse al amparo de otras disposiciones del Convenio, como por ejemplo el subapartado 2 *d*) del artículo 4. Conforme a dicho subapartado, las autoridades competentes, en ciertos casos, tendrán que recurrir al acuerdo amistoso para resolver la situación de una persona física residente de ambos Estados contratantes. Como se indica en el apartado 20 de los Comentarios al artículo 4, estos casos deben resolverse conforme al procedimiento instituido en el artículo 25. Si las autoridades competentes no pudieran llegar a un acuerdo sobre el caso, y esto originara una imposición no acorde con el Convenio (según el cual la persona física debe ser residente únicamente de un Estado a los efectos del mismo), el caso recae en el ámbito del apartado 1 del artículo 25, por lo que le resultaría de aplicación el apartado 5.

74. En algunos Estados las autoridades competentes están facultadas para apartarse de las decisiones adoptadas por los tribunales sobre una materia concreta que dimane del caso objeto de su consideración. Estos Estados, por tanto, podrán omitir la segunda frase del apartado y, si desean utilizar la disposición alternativa incluida en el párrafo 70.2 anterior, deberán modificarla como sigue:

> Cuando una autoridad competente haya suspendido el procedimiento amistoso al que se refiere el apartado 1 por hallarse pendiente ante un órgano jurisdiccional o administrativo un caso relacionado con una o más de las cuestiones del procedimiento, se interrumpirá el plazo previsto en el subapartado *b*) hasta que el órgano jurisdiccional o administrativo dicte su resolución, o el caso quede en suspenso o se retire. Asimismo, cuando la persona que plantee el caso y la autoridad competente acuerden suspender el procedimiento amistoso, el plazo previsto en el subapartado *b*) quedará interrumpido hasta el levantamiento de la suspensión.

75. Para determinar el inicio del plazo de dos años, se considerará que ambas autoridades han recibido la información requerida para iniciar el caso únicamente cuando se les haya remitido información suficiente que las permita pronunciarse sobre la licitud de la objeción que motivó la presentación del caso. El acuerdo amistoso mediante el que se establezca el modo de aplicación del apartado 5 deberá precisar el procedimiento que se seguirá para determinar la fecha de inicio y especificar qué tipo de información se considerará normalmente suficiente a estos efectos. El acuerdo amistoso estándar incluido como anexo sugiere un proceso similar al utilizado en la Parte VI del Convenio Multilateral. Los Estados que consideren que las normas para la determinación de la fecha de inicio del plazo de dos años deben incluirse directamente en el Convenio tienen libertad para hacerlo, por ejemplo, incluyendo disposiciones análogas a las de los apartados 5 a 9 del artículo 19 del Convenio Multilateral.

76. El apartado trata también la relación entre el procedimiento arbitral y el derecho de acceso a los recursos internos. Para que el arbitraje sea efectivo, y a fin de evitar un posible conflicto de resoluciones, no se deberá permitir a una persona recurrir al procedimiento arbitral cuando las cuestiones que desee resolver por esta vía se hayan resuelto previamente mediante los procedimientos contenciosos de cualquiera de los Estados (lo que significa que un órgano jurisdiccional o administrativo de uno de los Estados contratantes haya emitido una decisión respecto de esa materia, aplicable a esa persona). Este impedimento es coherente con el criterio adoptado por la mayoría de los países en relación con el procedimiento amistoso en virtud del que:

a) No se permite el acceso simultáneo a las vías de recurso internas y al procedimiento amistoso. Cuando el interesado no haya agotado las vías de recurso internas, las autoridades competentes le requerirán normalmente que suspenda esa vía y, en caso de que no esté conforme, diferirán el procedimiento amistoso hasta el agotamiento de tales recursos.

b) Cuando se opte en primer lugar por el procedimiento amistoso y se logre un acuerdo, se ofrecerá al contribuyente y a las restantes personas directamente relacionadas con el caso la posibilidad de rechazar dicho acuerdo y proseguir con la reclamación que hubiera quedado en suspenso ante los órganos jurisdiccionales o administrativos. Por el contrario, si los interesados prefirieran la aplicación del acuerdo alcanzado, tendrán que renunciar a las vías de recurso internas respecto de las materias objeto del acuerdo.

c) Cuando se opte en primer lugar por las vías de recurso internas, y las extinga en un Estado, el contribuyente únicamente podrá solicitar el procedimiento amistoso a fin de obtener la eliminación de la doble imposición en el otro Estado. Naturalmente, toda vez que se ha emitido una decisión o resolución sobre un caso dado, la mayoría de los países consideran que es imposible invalidarla a través de un procedimiento amistoso, por lo que restringirán la aplicación posterior del procedimiento amistoso a la búsqueda de la desgravación en el otro Estado.

Estos mismos principios generales deben aplicarse en el caso de un procedimiento amistoso que entrañe una o más cuestiones sometidas a arbitraje. No resultaría útil someter a arbitraje una cuestión con el conocimiento previo de que uno de los países tiene limitada su capacidad de respuesta ante la decisión arbitral. No será así, sin embargo, cuando el país pueda desviarse de la decisión de los tribunales en la resolución de un procedimiento amistoso (véase el párrafo 74), en tal caso el apartado 5 se modificaría en consecuencia.

77. Se plantea otro aspecto de la relación entre el arbitraje y las vías de recurso internas cuando no se han agotado estas últimas. En ese caso, el enfoque más coherente con las líneas rectoras del procedimiento amistoso es el de seguir los mismos principios generales en todos los casos en los que sea aplicable el arbitraje. Por tanto, los recursos jurídicos quedarán en suspenso, pendientes del resultado del procedimiento amistoso en virtud del que se inste el arbitraje sobre aquellas cuestiones que las autoridades competentes no puedan resolver, y se alcanzará un acuerdo amistoso provisional basado en esa decisión. Como en otros casos de procedimientos amistosos, el acuerdo se presentará al contribuyente, quien tiene que decidir entre aceptarlo, lo que exigiría la renuncia a las vías de recurso internas no agotadas, o rechazarlo para poder ejercer estos recursos.

78. Este enfoque está en línea con la naturaleza del procedimiento arbitral previsto en el apartado 5. El objeto de este procedimiento es el de permitir a las autoridades competentes llegar a una conclusión respecto de las cuestiones no resueltas que impiden alcanzar el acuerdo. Cuando las partes llegan a un acuerdo valiéndose de la asistencia del arbitraje la esencia del acuerdo permanece inalterada.

79. En ciertos casos este criterio implicará que las partes tengan que destinar tiempo y recursos en pro de un procedimiento arbitral conducente a un acuerdo amistoso que el contribuyente no aceptará. Sin embargo, la experiencia demuestra que son muy pocos los casos

en los que el contribuyente rechaza el procedimiento amistoso a favor de las vías de recurso internas. Incluso en estos casos excepcionales, cabe esperar que los órganos jurisdiccionales o administrativos tengan en cuenta el hecho de que se ha ofrecido al contribuyente una solución administrativa al caso que hubiera vinculado a ambos Estados.

79.1. Como se señala en el apartado 76 *a*) anterior, la mayoría de los Estados no admiten que una persona acceda simultáneamente a las vías de recurso internas y al procedimiento amistoso. Otros, por el contrario, pueden admitir que una persona inste simultáneamente el procedimiento amistoso y un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales o administrativos respecto de las mismas cuestiones; en esos Estados es posible que un órgano jurisdiccional o administrativo se pronuncie sobre una cuestión después de que se haya solicitado el arbitraje y antes de que la comisión arbitral dicte su decisión. Estos Estados pueden querer prever expresamente que, en esa circunstancia, el procedimiento arbitral se tendrá por concluido a fin de evitar las dificultades que puedan surgir al aplicar el acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión arbitral (véase el párrafo 76 más arriba). La frase siguiente puede añadirse al apartado 5 a este fin:

> Si en cualquier momento posterior a la solicitud de arbitraje y antes de que la comisión arbitral haya remitido su decisión a las autoridades competentes de los Estados contratantes, un órgano jurisdiccional o administrativo de uno de los Estados contratantes se pronunciara sobre la cuestión, el procedimiento arbitral quedará concluido.

80. En algunos países, las cuestiones no resueltas entre autoridades competentes únicamente pueden referirse a arbitraje una vez extinguidas las vías de recurso internas. Para poder instituir el arbitraje, estos Estados pueden considerar el criterio alternativo de requerir a una persona que renuncie a su derecho de recurso en las vías legales internas antes de que el caso pueda referirse a arbitraje, lo que puede hacerse sustituyendo la segunda frase del apartado por "no obstante, estas cuestiones no resueltas no podrán remitirse a arbitraje cuando, en virtud de la legislación interna de cualquiera de los Estados contratantes, el derecho de una persona directamente relacionada con el caso a que los órganos jurisdiccionales o administrativos de ese Estado se pronuncien sobre ellas siga vigente, o cuando dichos órganos jurisdiccionales o administrativos se hayan pronunciado sobre ellas". Para evitar situaciones tales en las que se exija al contribuyente renunciar a las vías de recurso internas sin garantía alguna sobre el resultado del caso, puede ser importante modificar el apartado de forma que incluya un mecanismo que garantice, por ejemplo, la eliminación efectiva de la doble imposición. Asimismo, dado que el contribuyente tendrá que renunciar al derecho a recurrir a los tribunales ordinarios, el apartado deberá modificarse también de forma que contenga suficientes salvaguardas legales relativas a que su participación en el procedimiento arbitral se ajuste a los requerimientos de la legislación interna para que dicha renuncia sea aceptable en virtud del régimen jurídico aplicable (por ejemplo, en algunos países dicha renuncia puede no ser efectiva si no se garantiza al interesado el derecho de alegación oral durante el procedimiento arbitral).

80.1. Algunos Estados consideran que los contribuyentes y sus asesores no deben divulgar la información que se les comunique durante el procedimiento arbitral. Los Estados que comparten esa opinión son libres de incluir la siguiente disposición, basada en el apartado 5 del artículo 23 del Convenio multilateral:

> Antes de iniciar el procedimiento arbitral, las autoridades competentes de los Estados contratantes velarán por que cada persona que plantea el caso y sus asesores acepten por escrito no revelar a ninguna

otra persona la información que reciban de las autoridades competentes o la comisión arbitral en el transcurso del procedimiento arbitral. El procedimiento amistoso y el procedimiento arbitral seguidos en relación con un caso terminarán si, en cualquier momento tras haber planteado la solicitud de remisión a arbitraje y antes de que la comisión arbitral haya enviado su decisión a las autoridades competentes, una persona que haya planteado el caso o sus asesores incumplen el citado compromiso.

81. El apartado 5 establece que, a menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión arbitral, dicha decisión será vinculante para ambos Estados. Por tanto, la imposición sobre cualquier persona directamente relacionada con el caso tendrá que ajustarse a la decisión emitida sobre las cuestiones sometidas a arbitraje, que quedará reflejada en el acuerdo amistoso que se presente a estos interesados. No obstante, si los tribunales de uno de los Estados contratantes consideran inaplicable la decisión adoptada por los árbitros por contravenir el apartado 5 del artículo 25 o cualquier norma procedimental, esta decisión arbitral no será vinculante para ninguno de los Estados (véase también el artículo 11 del acuerdo amistoso estándar, que trata sobre esta cuestión).

82. Como se señaló en el subapartado 76 *b*) anterior, cuando se concluye un acuerdo amistoso antes de haber agotado las vías de recurso internas, lo normal es que las autoridades competentes exijan, como condición para la aplicación del acuerdo, que los interesados renuncien al ejercicio de los recursos internos que puedan seguir vigentes en relación con las cuestiones comprendidas en el acuerdo. De no existir tal renuncia, una sentencia judicial dictada posteriormente podrá impedir a las autoridades competentes aplicar el acuerdo. Por tanto, a los efectos del apartado 5, si una persona a la que se haya presentado el acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión arbitral no está conforme con la renuncia a las vías de recurso internas, se considerará que esa persona no acepta el acuerdo. Cuando no se acepte el acuerdo amistoso, o se considere que no se ha aceptado, el caso no podrá ser objeto de más consideración por las autoridades competentes.

82.1. En aras de una mayor certidumbre, algunos Estados pueden querer integrar las conclusiones de los anteriores párrafos 81 y 82 en el texto de sus convenios, lo que puede hacerse incluyendo un párrafo adicional del tenor siguiente:

A los efectos del apartado 5

a) En caso de que en el plazo de 60 días desde la fecha de remisión de la notificación del acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión arbitral a una persona a la que concierna directamente el caso, ésta, u otro interesado al que afecte directamente, no desista de los procedimientos instados ante cualquier órgano jurisdiccional o administrativo en relación con las cuestiones resueltas mediante dicho acuerdo amistoso, o ponga fin por cualquier otro medio a los procedimientos judiciales o administrativos pendientes relacionados con dichas cuestiones de forma coherente con el acuerdo amistoso alcanzado, se entenderá que dicha persona no acepta el acuerdo amistoso; y

b) la decisión no será vinculante para los Estados contratantes si:

(i) los tribunales de uno de los Estados contratantes consideran nula la decisión arbitral mediante sentencia firme. En tal caso, la solicitud de remisión a arbitraje efectuada conforme al apartado 5 se considerará no efectuada y el procedimiento arbitral como no celebrado (excepto en relación con las disposiciones aplicables en materia de confidencialidad de la información y pago de los costes relacionados con el procedimiento arbitral). En este caso será posible presentar una nueva solicitud de remisión a arbitraje excepto si las autoridades competentes acuerdan no permitirlo; o

(ii) una persona directamente afectada por el caso continúa instando procedimientos judiciales ante cualquier órgano jurisdiccional o administrativo en relación con los asuntos resueltos mediante el acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión.

83. La decisión arbitral es vinculante únicamente respecto de las cuestiones concretas que se someten a arbitraje. Aun cuando no existe impedimento alguno para que las autoridades competentes resuelvan otros casos similares sobre la base de dicha decisión (incluidos los de los mismos interesados, pero referidos a ejercicios distintos), no están obligadas a hacerlo, por lo que los Estados están facultados para adoptar un planteamiento distinto en relación con esos otros casos.

84. Algunos Estados pueden permitir a las autoridades competentes desviarse de lo dispuesto en la decisión arbitral, siempre que puedan consensuar otra solución que permita solucionar todas las cuestiones pendientes que impidieron la resolución del procedimiento amistoso (circunstancia prevista, por ejemplo, en el artículo 12 del Convenio de Arbitraje de la UE). Los Estados que lo deseen son libres para modificar la tercera frase del apartado como sigue:

> [...] A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que lleva a efecto la decisión arbitral, o que las autoridades competentes acuerden una resolución distinta de todas las cuestiones pendientes derivadas del caso en el plazo de tres meses desde la fecha de la comunicación de la decisión, la decisión arbitral será vinculante para ambos Estados y aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes.

85. La última frase del apartado permite establecer el modo de aplicación del procedimiento arbitral mediante un acuerdo amistoso. Como se señaló en el párrafo 65.1 más arriba, algunos Estados pueden preferir integrar en el propio Convenio ciertos aspectos procedimentales del procedimiento arbitral; otros pueden querer tratarlos en un protocolo o mediante intercambio de Notas diplomáticas. Conviene no obstante señalar que, con vista a las modificaciones posteriores que puedan considerarse necesarias conforme los Estados contratantes vayan adquiriendo experiencia en la aplicación de las disposiciones sobre arbitraje, resulta más flexible tratar estos aspectos a través de un procedimiento amistoso. Con independencia del procedimiento adoptado para substanciar el acuerdo, este deberá reflejar las normas estructurales y procedimentales que deben seguirse para la aplicación del apartado, teniendo en cuenta el requisito establecido por este sobre la naturaleza vinculante de la decisión para ambos Estados. Lo óptimo sería redactar el acuerdo al mismo tiempo que el Convenio para que su firma y aplicación sucedan inmediatamente a la entrada en vigor del apartado. Asimismo, dado que el acuerdo contendrá los detalles del procedimiento que deba seguirse para remitir a arbitraje las cuestiones no resueltas, sería importante hacer público el acuerdo. El anexo contiene un acuerdo amistoso estándar de esa naturaleza, junto con los comentarios sobre las normas procedimentales que postula.

Utilización de otros mecanismos complementarios para la resolución de controversias

86. Con independencia de que se incluya o no el apartado 5 en un Convenio, o de que se instituya de otro modo un procedimiento arbitral utilizando el procedimiento expuesto en el párrafo 69 anterior, es obvio que puede optarse por otros mecanismos complementarios *ad hoc* para la resolución de controversias como parte del procedimiento amistoso. Cuando no exista consenso en relación con los fundamentos de las posiciones adoptadas por las dos autoridades competentes, la intervención de un mediador puede aclarar el caso. En estas

situaciones, el mediador atiende a las posturas de ambas partes, para exponer después su criterio sobre los puntos fuertes y débiles de cada una de ellas, lo que ayuda a ambas partes a comprender mejor su propia posición y la de su contraparte. Algunas administraciones tributarias utilizan con buenos resultados la mediación para resolver conflictos internos, y la extensión de esta técnica a los procedimientos amistosos puede resultar útil.

87. Cuando se trate puramente de elementos objetivos el caso puede someterse a la opinión de un experto con la misión exclusiva de determinar las cuestiones de hecho que sean necesarias. Se trata de un recurso habitual en los procedimientos judiciales, en los que los elementos objetivos se remiten a una parte independiente que procede a informar sobre ellos y comunica posteriormente su dictamen al tribunal. A diferencia del mecanismo de resolución de controversias previsto en apartado 5, estos procedimientos no son vinculantes para las partes aunque, no obstante, pueden resultar útiles para ayudarles a adoptar una decisión antes de tener que someter a arbitraje la cuestión en virtud de dicho apartado.

III. Interacción entre el procedimiento amistoso y el mecanismo de resolución de controversias previsto por el Acuerdo General sobre el Comercio de los Servicios

88. La aplicación del Acuerdo General sobre el Comercio de los Servicios (GATS), que entró en vigor el 1 de enero de 1995 y que han firmado todos los Estados miembros, plantea problemas específicos en relación con el procedimiento amistoso.

89. El apartado 3 del artículo XXII del GATS establece que las controversias sobre la aplicación del artículo XVII del Acuerdo, relativo al principio de trato nacional, no pueden resolverse mediante la aplicación de los mecanismos de resolución de controversias establecidos en los artículos XXII y XXIII del Acuerdo si la medida controvertida "está comprendida en el ámbito de un acuerdo internacional entre ellos destinado a evitar la doble imposición" (por ejemplo, un convenio tributario). En caso de desacuerdo acerca de si una medida "pertenece al ámbito" de un acuerdo internacional de ese tipo, el apartado 3 establece que los Estados afectados podrán plantear la cuestión ante el Consejo del Comercio de Servicios, que la someterá a un arbitraje vinculante. Una nota a pie de página al apartado 3 contiene, sin embargo, la importante excepción de que si la controversia se refiere a un acuerdo internacional "ya existente en el momento de la entrada en vigor" del Acuerdo, la cuestión solo podrá someterse al Consejo del Comercio de Servicios mediando el consentimiento de ambos Estados.

90. Dicho apartado plantea dos problemas específicos en relación con los convenios tributarios.

91. En primer lugar, la nota a pie de página al citado apartado prevé un trato diferente de los convenios tributarios suscritos antes y después de la entrada en vigor del GATS, lo cual parece inadecuado, en particular cuando un convenio existente en el momento de la entrada en vigor del GATS se renegocie más tarde, o cuando se concluya con posterioridad un protocolo relativo a un convenio en vigor en aquel momento.

92. En segundo lugar, la locución "esté comprendida en el ámbito" es intrínsecamente ambigua, como lo indica la inclusión en el apartado 3 del artículo XXII del GATS de un procedimiento de arbitraje y, a la vez, de una cláusula exonerando a los convenios preexistentes de su aplicación para resolver las controversias sobre su interpretación. Si bien parece claro que

un Estado no podrá argumentar de buena fe[1] que una medida relativa a un impuesto al que no sea aplicable ninguna disposición de un convenio tributario esté comprendida en su ámbito, no resulta claro si dicha locución se refiere a todas las medidas relativas a impuestos a los que son aplicables todas o solo algunas disposiciones del convenio.

93. Los Estados contratantes pueden evitar tales dificultades extendiendo bilateralmente la aplicación de la nota a pie de página al apartado 3 del artículo XXII del GATS a los convenios suscritos después de la entrada en vigor del GATS. Tal extensión bilateral, que complementaría –pero sin contravenir en forma alguna– las obligaciones asumidas por los Estados contratantes en virtud del GATS, puede incorporarse al Convenio añadiendo la siguiente disposición:

> A los efectos del apartado 3 del artículo XXII (Consultas) del Acuerdo General sobre el Comercio de los Servicios, los Estados contratantes acuerdan que, no obstante las disposiciones de dicho apartado, toda controversia entre ellos acerca de si una medida recae en el ámbito de este Convenio podrá someterse al Consejo del Comercio de Servicios únicamente con el consentimiento de ambos Estados contratantes, tal como establece dicho apartado. Cualquier duda relativa a la interpretación de este apartado se resolverá con arreglo al apartado 3 del artículo 25 o, si no pudiera alcanzarse un acuerdo con arreglo a dicho procedimiento, conforme a cualquier otro procedimiento convenido entre ambos Estados contratantes.

94. Pueden plantearse problemas similares a los antes expuestos en relación con otros acuerdos bilaterales o multilaterales relativos al comercio o a las inversiones. Los Estados contratantes tienen libertad para modificar la disposición sugerida más arriba, en el curso de sus negociaciones bilaterales, para asegurar que las cuestiones relativas a los impuestos comprendidos en el ámbito del convenio tributario se resuelvan conforme al procedimiento amistoso, en lugar de aplicar el mecanismo de resolución de controversias de tales acuerdos.

Observaciones a los Comentarios

95. *Hungría* no comparte plenamente la interpretación del artículo 25 contenida en el párrafo 27 de los Comentarios, y no puede entablar un procedimiento amistoso cuando un tribunal húngaro se haya pronunciado sobre el fondo del caso.

95.1. En relación con los párrafos 21 a 24, *Chile* desea aclarar que el comienzo del plazo de tres años, la fecha de la "primera notificación", es el momento en que la administración tributaria notifica por primera vez al contribuyente el ajuste propuesto, excepto si fuera aplicable una fecha anterior, como se indica en los párrafos 21 a 24.

95.2. *Chile* formula una reserva respecto de los casos examinados en el párrafo 23, y considera que el plazo de tres años comienza desde la presentación de la declaración rectificada.

95.3. En relación con el párrafo 26, *Francia* no se adhiere a la interpretación según la cual los Estados deben especificar necesariamente en el Convenio las circunstancias en las que los Estados contratantes denegarían el acceso al procedimiento amistoso, especialmente en el caso de doble imposición relacionados con infracciones graves que han devenido en firmes.

[1] La obligación de aplicar e interpretar los tratados conforme a la buena fe está expresamente establecida en los artículos 26 y 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*; en consecuencia, la excepción prevista en el apartado 3 del artículo XXII del GATS solo es aplicable a las controversias de buena fe.

95.4. *Portugal* no se adhiere a la interpretación del artículo 25 contenida en el párrafo 49 de los Comentarios. Portugal considera que los intereses y las sanciones no son impuestos comprendidos en el Convenio y que, por tanto, no pueden ser objeto del procedimiento amistoso.

Reservas al artículo

96. *Suiza* formula una reserva respecto de la segunda frase del apartado 2. Suiza considera que la ejecución material de las desgravaciones y devoluciones que se deriven del procedimiento amistoso deben regirse por los plazos previstos en la legislación interna. Suiza está dispuesta a aceptar unas disposiciones alternativas que limiten el plazo durante el que un Estado contratante puede practicar un ajuste conforme al apartado 1 del artículo 9 o al apartado 2 del artículo 7 a fin de evitar ajustes extemporáneos a los que no sería aplicable el procedimiento amistoso.

97. *Corea, Dinamarca, Israel, México* y *Turquía* se reservan el derecho a no incluir el apartado 5 en sus convenios.

98. *México* y *Polonia,* formulan una reserva a la segunda frase del apartado 2. Estos países consideran que la ejecución material de las desgravaciones o devoluciones que se deriven de un acuerdo amistoso deben regirse por los plazos previstos en sus respectivas legislaciones internas.

99. En relación con el apartado 2, *Turquía*, a fin de regular las solicitudes de devolución resultantes de acuerdos amistosos, se reserva el derecho de exigir a sus contribuyentes que formulen la solicitud de devolución a la oficina tributaria competente en el plazo de un año desde la fecha de notificación del resultado de dicho acuerdo amistoso.

100. *Canadá* se reserva el derecho a incluir una disposición similar a la que se recoge en el párrafo 62 de los Comentarios al artículo 7 y en el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 9, que determine efectivamente el plazo de tiempo en el que un Estado contratante puede proceder al ajuste de la renta de una empresa.

101. *Hungría* formula una reserva respecto de la última frase del apartado 1, dado que no puede entablar un procedimiento amistoso por razón de una solicitud al efecto presentada a su autoridad competente una vez transcurrido el plazo de prescripción previsto en su legislación interna.

102. Por razones de índole política y administrativa, *Chile* y *Hungría* se reservan el derecho a no incluir el apartado 5 en sus convenios.

103. *Australia* se reserva el derecho a excluir un caso presentado al amparo del artículo sobre el procedimiento amistoso del ámbito del apartado 5 en la medida en que una cuestión no resuelta implique la aplicación de las normas generales antielusión australianas contenidas en la Parte IVA de la *Income Tax Assessment Act* (Ley relativa al cálculo del impuesto sobre la renta) de 1936, y al artículo 67 de la *Fringe Benefits Tax Assessment Act* (Ley relativa al cálculo del impuesto sobre los beneficios complementarios) de 1986.

ANEXO
ACUERDO AMISTOSO ESTÁNDAR SOBRE EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. A continuación se recoge un acuerdo estándar que las autoridades competentes pueden utilizar como base para sus acuerdos amistosos para la aplicación del procedimiento arbitral previsto en el apartado 5 del artículo (véase el párrafo 85 anterior). Los párrafos 2 a 48 que siguen analizan las distintas disposiciones del acuerdo y, en algunos casos, plantean alternativas. Naturalmente, las autoridades competentes tienen plena libertad para modificar, añadir o suprimir cualquier disposición contenida en este acuerdo estándar como resultado de la negociación de sus acuerdos bilaterales.

Acuerdo amistoso sobre la aplicación del apartado 5 del artículo 25

Las autoridades competentes del [Estado A] y el [Estado B] celebran el presente acuerdo amistoso con la intención de convenir el modo de aplicación del procedimiento arbitral previsto en el apartado 5 del artículo 25 del [título del Convenio], que entró en vigor el [fecha de entrada en vigor]. Las autoridades competentes tendrán la facultad de modificar o complementar este acuerdo mediante intercambio de cartas al efecto.

1. Solicitud de remisión de un caso a arbitraje

La solicitud para que una cuestión no resuelta incluida en un procedimiento amistoso se remita a arbitraje en virtud del apartado 5 del artículo 25 del Convenio ("la solicitud de remisión a arbitraje") se realizará por escrito y se remitirá a una o a ambas de las autoridades competentes. La solicitud contendrá información suficiente para identificar el caso. Asimismo, irá acompañada de una declaración por escrito de las personas que, o bien presentan la solicitud, o están directamente interesadas en el caso, en el sentido de que ningún órgano jurisdiccional o administrativo de los Estados se ha pronunciado sobre la materia en cuestión. En el plazo de diez días desde la recepción de la solicitud, la autoridad competente que la haya recibido sin indicación de que se ha enviado también a la otra autoridad competente, remitirá copia de la misma y de las declaraciones adjuntas a la otra autoridad competente.

2. Fecha de inicio del plazo de dos años

1. La solicitud de remisión a arbitraje únicamente puede presentarse transcurridos dos años desde la fecha en que ambas autoridades competentes hayan recibido toda la información requerida para abordarlo (en lo sucesivo, la "fecha de inicio"). A estos efectos, la información requerida por las autoridades competentes para poder abordar el caso comprende: [en el acuerdo se especificará la información necesaria y los documentos que deban presentarse].

2. Las normas aplicables para determinar la fecha de inicio son las siguientes:

a) La autoridad competente que recibió la solicitud de inicio del procedimiento amistoso según se describe en el apartado 1 del artículo 25 del Convenio, en el plazo de 60 días desde la recepción de la solicitud:

(i) notificará a la persona que planteó el caso que ha recibido su solicitud; y

(ii) notificará la solicitud, adjuntando copia de la misma, a la autoridad competente del otro Estado contratante.

b) En el plazo de 90 días tras recibir la solicitud de inicio de procedimiento amistoso (o copia de la misma remitida por la autoridad competente del otro Estado contratante), cada autoridad competente:

(i) notificará a la persona que ha presentado el caso y a la otra autoridad competente que ha recibido la información necesaria para iniciar su estudio en profundidad; o

(ii) requerirá a esa persona información adicional a esos efectos.

c) Cuando, conforme a la letra (ii) del subapartado *b*) anterior, una o ambas autoridades competentes requieran a la persona que planteó el caso la información adicional que precisen para iniciar su estudio en profundidad, en el plazo de 90 días desde la recepción de dicha información adicional, la autoridad competente requirente notificará a esa persona y a la otra autoridad competente bien:

(i) que ha recibido la información requerida; o

(ii) que sigue faltando parte de la información requerida

d) Cuando ninguna de las autoridades competentes haya requerido información adicional conforme a la letra (ii) del subapartado *b*) anterior, la fecha de inicio será la primera entre las siguientes:

(i) la fecha en la que ambas autoridades competentes han notificado a la persona que presentó el caso conforme a la letra (i) del subapartado *b*) anterior; y

(ii) la fecha en la que concluye el plazo de 90 días desde la notificación a la autoridad competente del otro Estado contratante conforme a la letra (ii) del subapartado *a*) anterior.

e) Cuando se haya requerido información adicional conforme a la letra (ii) del subapartado *b*) anterior, la fecha de inicio será la primera entre las siguientes:

(i) la última fecha en la que las autoridades competentes que requirieron la información adicional han notificado a la persona que presentó el caso y a la otra autoridad competente conforme a la letra (i) del subapartado *c*) anterior; y

(ii) la fecha en la que concluye el plazo de 90 días desde que ambas autoridades competentes han recibido la información requerida por cualquiera de ellas de la persona que presentó el caso.

Si, no obstante, una o ambas autoridades competentes remiten la notificación a la que se refiere la letra (*ii*) del subapartado *c*) anterior, esta se considerará como un requerimiento de información adicional conforme a la letra (*ii*) del subapartado *b*).

[*Términos de referencia: como se explica en los párrafos 15.1 a 15.5 de las explicaciones que siguen a este acuerdo estándar, el acuerdo puede prever igualmente la adopción de unos "términos de referencia".*]

3. *Designación y nombramiento de los árbitros*

1. La comisión arbitral estará compuesta por tres árbitros, personas físicas, con conocimientos o experiencia en cuestiones fiscales internacionales. En el momento de aceptar su nombramiento, todo árbitro designado para la comisión arbitral debe ser imparcial e independiente de las autoridades competentes, de las administraciones tributarias y de los ministerios de hacienda/finanzas de los Estados contratantes, así como de todas las personas directamente interesadas en el caso (y sus asesores) y mantendrán su imparcialidad e independencia a lo largo del procedimiento y, durante un plazo razonable posterior al procedimiento, evitarán toda actuación que pueda lesionar la apariencia de imparcialidad e independencia de los árbitros respecto del procedimiento.

2. En el plazo de 60 días desde el momento en que ambas autoridades competentes hayan recibido la solicitud de remisión a arbitraje (o copia de la misma), cada autoridad competente designará a un árbitro. En el plazo de 60 días tras el último de sus nombramientos, los árbitros así designados nombrarán a un tercer árbitro que ejercerá como Presidente. El Presidente no será nacional ni residente de ninguno de los Estados contratantes.

3. En caso de que no se proceda a los nombramientos en el plazo previsto, en el plazo de los 10 días siguientes a la recepción de una solicitud al efecto emitida por el solicitante del arbitraje, el miembro de mayor nivel en el escalafón del Centro de Política y Administración Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que no sea nacional de ninguno de los Estados contratantes, procederá al nombramiento del árbitro (o árbitros) aún por designar. Se seguirá este mismo procedimiento, con las adaptaciones que resulten necesarias, si por alguna razón fuera preciso sustituir a un árbitro una vez iniciado el procedimiento.

4. Los árbitros se considerarán nombrados una vez se haga entrega a ambas autoridades competentes de una carta en la que se confirma el nombramiento, firmada por el árbitro y por la persona o personas facultadas para proceder al mismo.

4. *Procedimiento arbitral*

1. En el plazo de 60 días desde el nombramiento del Presidente de la comisión arbitral (excepto si antes de finalizar ese plazo, las autoridades competentes acuerdan otro plazo, o convienen en aplicar el planteamiento descrito en el artículo 5 para el caso considerado), la autoridad competente de cada Estado contratante remitirá a cada árbitro y a la otra autoridad competente una propuesta de resolución que abarque todas las cues-

tiones irresolutas del caso (teniendo en cuenta los acuerdos que se hayan alcanzado previamente al respecto entre las autoridades competentes). La resolución propuesta se limitará a la determinación de unos importes monetarios concretos (por ejemplo, de renta) o, cuando se especifique, el importe máximo del impuesto que puede exigirse conforme a las disposiciones del Convenio para cada ajuste o cuestión similar del caso. Cuando las autoridades competentes de los Estados contratantes no hayan podido llegar a un acuerdo en relación con un asunto relacionado con las condiciones para la aplicación de una disposición del Convenio (en lo sucesivo "determinación inicial"), como por ejemplo si una persona física es o no residente, o si existe establecimiento permanente, las autoridades competentes podrán enviar propuestas de resolución alternativas en relación con las cuestiones cuya solución dependa de dicha determinación inicial.

2. La autoridad competente de cada Estado contratante puede remitir también a los árbitros y a la otra autoridad competente, en el plazo previsto en el apartado 1, un documento de posición para su consideración por los árbitros.

3. Asimismo, cada autoridad competente puede remitir a los árbitros y a la otra autoridad competente, en el plazo de 120 días desde el nombramiento del Presidente de la comisión arbitral, una respuesta argumentativa en relación con la propuesta de resolución y el documento de posición remitidos por la otra autoridad competente.

4. En la medida de lo posible, los árbitros utilizaran tele y vídeo conferencias para comunicarse entre sí y con ambas autoridades competentes. Si fuera necesario celebrar una reunión presencial que implique costes adicionales, el Presidente se pondrá en contacto con las autoridades competentes, quienes decidirán la fecha y el lugar de esta reunión y transmitirán la información a los árbitros.

5. La comisión arbitral adoptará como suya una de las propuestas de resolución remitidas por las autoridades competentes para cada cuestión planteada, incluidas las determinaciones iniciales, sin adjuntar motivación o explicación alguna de su decisión. La decisión arbitral se adoptará por mayoría simple de los árbitros. Salvo si las autoridades competentes lo acuerdan de otro modo, la decisión arbitral se remitirá por escrito a las autoridades competentes de los Estados contratantes en el plazo de 60 días contados desde la recepción por los árbitros de la última de las respuestas argumentativas o, en caso de que no se haya remitido ninguna, en el plazo de 150 días desde el nombramiento del Presidente de la comisión arbitral. La decisión arbitral no tendrá valor como precedente.

5. *Procedimiento alternativo de arbitraje*

1. Si, en el plazo de 60 días tras el nombramiento del Presidente de la comisión arbitral las autoridades competentes convienen en seguir el planteamiento descrito en este artículo respecto de un caso dado, cada autoridad competente remitirá a la comisión arbitral y a la otra autoridad competente, en el plazo de 120 días desde la toma de esa decisión, la información que considere necesaria para que la Comisión tome su decisión. Dicha información incluirá una descripción de los hechos y de las cuestiones no resueltas sobre las que deba tomarse la decisión, junto con la posición de las autoridades com-

petentes al respecto y la argumentación que la sustenta. A menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo, la comisión arbitral no tendrá en cuenta la información que no estuviera a disposición de ambas autoridades competentes antes de que estas recibieran la solicitud de remisión a arbitraje (o una copia de la misma).

2. El solicitante del arbitraje podrá, bien directamente o a través de sus representantes, remitir por escrito su posición a los árbitros en la medida en que pueda hacerlo durante el procedimiento amistoso. Asimismo, si las autoridades competentes y los árbitros están de acuerdo, el solicitante podrá expresar oralmente su posición durante el procedimiento arbitral.

3. En el plazo de 30 días desde el momento en el que el Presidente informe a las autoridades competentes de la necesidad de celebrar una reunión, estas decidirán el lugar y la fecha de celebración y se lo comunicarán a los árbitros.

4. Los árbitros se pronunciarán sobre las cuestiones remitidas a arbitraje conforme a las disposiciones aplicables del Convenio y, con sujeción a dichas disposiciones, conforme a las de la legislación interna de los Estados contratantes. Los árbitros considerarán también toda otra fuente que las autoridades competentes de los Estados contratantes puedan designar expresamente de mutuo acuerdo.

5. Sin perjuicio a lo dispuesto en el Convenio y en este acuerdo, los árbitros adoptarán las normas procedimentales y probatorias que consideren oportunas para emitir su decisión en relación con las cuestiones no resueltas sometidas a arbitraje.

6. Salvo si las autoridades competentes lo acuerdan de otro modo, la decisión arbitral se remitirá a las autoridades competentes de los Estados contratantes, por escrito, en el plazo de 365 días desde la fecha del nombramiento del Presidente, e incluirá las fuentes del Derecho sobre las que se fundamenta, así como la motivación que condujo a su determinación. La decisión se adoptará por mayoría simple de los árbitros y no tendrá valor como precedente. Si la persona que presentó el caso y ambas autoridades competentes lo permiten, la decisión de la comisión arbitral se publicará, editándola a fin de suprimir los nombres de las partes a las que concierne o los detalles que puedan revelar su identidad, e indicando que dicha decisión no tiene valor como precedente.

6. Comunicación de información y confidencialidad

1. A los únicos fines de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 25 y 26, y de la legislación interna de los Estados contratantes en materia de confidencialidad y comunicación de información relacionada con el caso origen del procedimiento arbitral, los árbitros y un máximo de tres personas por árbitro (y los candidatos a árbitro solo en la medida necesaria para verificar su idoneidad en cuanto a los requisitos del nombramiento) serán considerados representantes autorizados de la autoridad competente que los ha nombrado, o de ambas, cuando no hayan sido nombrados por una autoridad competente.

2. Al designar a una persona como su representante autorizado conforme al apartado 1, las autoridades competentes del Estado contratante velarán por que dicha persona

acepte por escrito tratar toda la información relacionada con el procedimiento arbitral conforme a las obligaciones sobre confidencialidad contenidas en el Convenio y en la legislación aplicable de los Estados contratantes.

7. Suspensión por no aportación en plazo de la información

1. Cuando ambas autoridades competentes convengan en que la persona directamente afectada por el caso ha incumplido la presentación en plazo de la información adicional requerida por cualquiera de las autoridades competentes tras la fecha de inicio del plazo de dos años al que se refiere el apartado 1 del artículo 2, este plazo se ampliará en un tiempo igual al transcurrido entre la fecha en la que se requirió la información y la de su presentación.

8. Costes

A menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo:

a) cada autoridad competente y la persona que solicitó el procedimiento arbitral soportarán los gastos relacionados con su propia participación en el procedimiento (comprendidos los gastos incurridos por razón de viajes y en la preparación y presentación de sus argumentos);

b) cada autoridad competente soportará los honorarios del árbitro designado exclusivamente por esa autoridad competente, o designado por el miembro de mayor nivel en el escalafón del Centro de Política y Administración Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que no sea nacional de ninguno de los Estados contratantes en caso de que dicha autoridad competente no lo hubiera nombrado, además de sus gastos de desplazamiento, comunicaciones y de secretaría;

c) ambas autoridades competentes sufragarán en partes iguales los honorarios del Presidente de la comisión arbitral, así como sus gastos de desplazamiento, comunicaciones y de secretaría;

d) otros costes relacionados con las reuniones de la comisión arbitral serán sufragados por la autoridad competente anfitriona de la reunión; y

e) ambas autoridades competentes sufragarán en partes iguales otros costes relacionados con los gastos que hayan acordado incurrir.

9. Incumplimiento del plazo para la comunicación de la decisión

En caso de que no se comunicara la decisión a las autoridades competentes en el plazo determinado en el apartado 5 del artículo 4 o en el apartado 6 del artículo 5, según corresponda, o en otro plazo acordado por las autoridades competentes, estas podrán acordar el nombramiento de nuevos árbitros conforme al artículo 3. La fecha de este acuerdo se considerará, a los efectos de la aplicación ulterior del artículo 3, como la fecha en la que ambas autoridades competentes recibieron la solicitud de arbitraje.

10. *Casos en los que no se emitirá la decisión arbitral*

Cuando en cualquier momento posterior a la presentación de una solicitud de remisión a arbitraje y previo a la comunicación por los árbitros de su decisión a las autoridades competentes, las autoridades competentes notifiquen por escrito a los árbitros

a) que han resuelto todas las cuestiones no resueltas que se sometieron al arbitraje; o

b) que la persona que presentó el caso ha retirado su solicitud de arbitraje o de procedimiento amistoso

no se emitirá la decisión arbitral y el procedimiento amistoso se considerará finalizado.

11. *Decisión final*

La decisión arbitral será firme, a menos que los tribunales de uno de los Estados contratantes la considere inaplicable por contravenir las disposiciones del apartado 5 del artículo 25 o por otra razón. Si la decisión se considera inaplicable conforme a lo anterior, la solicitud de remisión a arbitraje se entenderá no presentada y el procedimiento arbitral no celebrado (excepto a los efectos del artículo 6 "Comunicación de información y confidencialidad" y 8 "Costes").

12. *Ejecución de la decisión arbitral*

Las autoridades competentes ejecutarán la decisión en el plazo de 180 días desde que se les haya comunicado, alcanzando para ello un acuerdo amistoso sobre el caso origen del procedimiento arbitral.

Este acuerdo es aplicable a las solicitudes de remisión a arbitraje presentadas en virtud del apartado 5 del artículo 25 del Convenio, una vez que sus disposiciones surtan efecto.

[Fecha de la firma del acuerdo.]

[Firma de las autoridades competentes de ambos Estados contratantes.]

Planteamiento general del acuerdo estándar

2. Dos son los planteamientos que pueden seguirse al estructurar el procedimiento arbitral que se utilizará para completar el procedimiento amistoso. Uno de ellos, el denominado de la "última mejor oferta" u "oferta final", en el que cada autoridad competente tiene que aportar a la comisión arbitral una propuesta de resolución del caso considerado y sus integrantes eligen entre las dos propuestas presentadas. Por otro lado, en el que puede denominarse planteamiento de la "opinión independiente", las partes presentan a los árbitros los hechos y sus argumentaciones basadas en la legislación aplicable y los árbitros adoptan su propia decisión, fundamentada en un análisis por escrito y motivado de los hechos en cuestión y de las fuentes de derecho aplicables.

3. Cada uno de estos planteamientos tiene ventajas e inconvenientes y la elección de uno de ellos depende de una serie de consideraciones normativas que suelen ser propias de cada Estado. Además, evidentemente pueden encontrarse distintas variaciones en ambos planteamientos. Por ejemplo, los árbitros pueden adoptar su decisión independiente pero no estar obligados a remitir su decisión por escrito sino simplemente sus conclusiones. En cierto modo, el método adecuado depende de la cuestión que tenga que dirimirse.

4. El acuerdo estándar que antecede adopta como punto de partida el de la "última mejor oferta", siendo este por tanto el procedimiento generalmente aplicable pero, reconociendo el hecho de que en algunos casos, especialmente aquellos que entrañan cuestiones jurídicas complejas, las autoridades competentes pueden preferir obtener una decisión más elaborada, el modelo autoriza igualmente el procedimiento alternativo de la "opinión independiente". Por tanto, las autoridades competentes pueden acordar, caso por caso, utilizar el procedimiento de la opinión independiente. Naturalmente, también pueden adoptar un planteamiento combinado, adoptando como criterio general el de la opinión independiente y reservando como opción el de la última mejor oferta o ceñirse a uno solo de los planteamientos.

La solicitud de remisión a arbitraje

5. El artículo 1 del acuerdo estándar describe la forma en que debe realizarse la solicitud de remisión a arbitraje. Esta solicitud debe presentarse por escrito a una de las autoridades competentes relacionadas con el caso. Esa autoridad competente informará a su contraparte en el plazo de 10 días desde la recepción de la solicitud.

6. Para poder concluir que se han satisfecho las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 25 (véase el párrafo 76 de los Comentarios a ese artículo) la solicitud debe ir acompañada de una declaración en la que se exprese que ningún órgano jurisdiccional o administrativo de los Estados contratantes se ha pronunciado anteriormente sobre las cuestiones objeto de arbitraje.

7. Dado que el procedimiento arbitral es una ampliación del procedimiento amistoso, cuyo objeto es el de resolver casos que no puedan acordarse en virtud de este, no parece adecuado exigir a la persona que presenta la solicitud un pago para acceder a dicho procedimiento, ni el reembolso de los gastos en los que incurran las autoridades competentes durante el procedimiento arbitral. A diferencia de las solicitudes que presentan los contribuyentes para la evacuación de resoluciones administrativas, para los que es frecuente el cobro de una tasa, la resolución de controversias surgidas entre Estados contratantes es responsabilidad de los Estados, por lo que deben ser ellos quienes, en términos generales, soporten su coste.

Fecha de inicio del plazo de dos años

8. Las solicitudes de remisión a arbitraje no pueden plantearse antes de que transcurran dos años desde la fecha en que ambas autoridades competentes hayan recibido toda la información requerida para abordarlo. El apartado 1 del artículo 2 del Acuerdo estándar se refiere a la información requerida a tal fin. Este apartado debe incluir una lista de la información que exigen las autoridades competentes; en general, esta información será la información y documentos exigidos para empezar a estudiar el caso. Normalmente, las instrucciones publicadas por un Estado contratante indicarán la información que va a exigirse a tal fin.

Siendo así, cabe asumir que las autoridades competentes acordarán enumerar o identificar de otro modo la información incluida en esas instrucciones como aquella que va a exigir cada Estado contratante.

9. El apartado 2 del artículo 2 describe el proceso que debe seguirse para determinar la fecha exacta en la que se inicia el plazo de dos años.

10. El subapartado *a*) dispone que la autoridad competente que recibió la solicitud de inicio del procedimiento amistoso debe, en el plazo de 60 días desde su recepción, notificar a la persona que planteó el caso que ha recibido su solicitud, y enviar una notificación de la solicitud y copia de la misma a la otra autoridad competente.

11. En virtud del subapartado *b*), una autoridad competente debe notificar a la persona que presentó el caso y a la otra autoridad competente que ha recibido la información necesaria para iniciar su estudio en profundidad, o requerir información adicional a esos efectos a la persona que presentó el caso, en el plazo de 90 días desde la fecha en la que recibió la solicitud inicial o en la que se notificó la solicitud, según corresponda.

12. El subapartado *c*) prevé que, cuando una o ambas autoridades requieran información adicional, y una vez recibida, la autoridad competente requirente tendrá 90 días para notificar a la persona que presentó el caso y a la otra autoridad competente que ha recibido toda la información necesaria, o que sigue faltando parte de la información requerida.

13. La fecha de inicio del plazo de dos años depende de si se ha requerido información adicional. Cuando no haya sido así, el subapartado *d*) prevé que la fecha de inicio será la primera entre: (*i*) la fecha en la que ambas autoridades competentes han notificado a la persona que presentó el caso que se ha recibido toda la información necesaria (es decir, la fecha en la que la segunda de las autoridades competentes así lo ha notificado) y (*ii*) 90 días después de la fecha en la que la autoridad competente a la que se presentó la solicitud inicial de procedimiento amistoso ha notificado el requerimiento a la otra autoridad competente.

14. Cuando se haya requerido información adicional, el subapartado *e*) establece que, en términos generales, la fecha de inicio será la primera entre: (*i*) la última fecha en la que las autoridades competentes que requirieron la información adicional han notificado al contribuyente y a la otra autoridad competente que se ha recibido la información; y (*ii*) la que constituye el nonagésimo día tras la recepción por ambas autoridades competentes de la información adicional remitida por la persona que presentó el caso. Si cualquiera de las autoridades competentes notifica al contribuyente y a la otra autoridad competente que sigue faltando parte de la información requerida, esa notificación se considerará como un requerimiento de información adicional.

15. En determinadas circunstancias, después de que el contribuyente haya comunicado la información inicial necesaria para iniciar el examen en profundidad del caso, las autoridades competentes pueden necesitar requerirle información adicional. En tal caso, la no aportación en plazo de la información adicional por la persona directamente relacionada con el caso (es decir, la persona que presentó la solicitud inicial de procedimiento amistoso, o aquella cuya obligación tributaria se ve directamente afectada por el caso) puede retrasar o impedir a las autoridades competentes resolver el caso. Para abordar estas situaciones, el artículo 7 del acuerdo estándar prevé que el plazo de dos años se ampliará cuando ambas autoridades competentes convengan en que la persona directamente afectada por el caso ha incumplido

la presentación en plazo de la información adicional requerida por cualquiera de las autoridades competentes una vez iniciado el plazo. En ese caso, el plazo se ampliará en un tiempo igual al transcurrido entre la fecha en la que se requirió la información y aquella en la que finalmente se facilita.

Términos de referencia

15.1. Aunque el acuerdo estándar no incluye expresamente disposiciones sobre la adopción de unos "términos de referencia" como primera fase del procedimiento arbitral, a las autoridades competentes les puede resultar útil incluir tales disposiciones en el acuerdo amistoso que da efecto al procedimiento arbitral. Estas disposiciones podrían redactarse como sigue:

> ***Términos de referencia***
>
> 1. En el plazo de 60 días desde la recepción de la solicitud de remisión a arbitraje (o de copia de la misma) por ambas autoridades competentes, estas acordarán las cuestiones que deba resolver la comisión arbitral y se las comunicarán por escrito a la persona que solicitó el arbitraje. Este documento constituye los "Términos de Referencia" del caso. No obstante los párrafos siguientes de este acuerdo, las autoridades competentes pueden prever también en dichos Términos de Referencia normas procedimentales adicionales, o distintas, a las incluidas en estos apartados y abordar toda otra cuestión que consideren apropiada.
>
> 2. Si los Términos de Referencia no se comunican a la persona que solicitó el arbitraje en el plazo al que se refiere el apartado 1 anterior, esa persona y cada autoridad competente pueden, en el plazo de 30 días tras la conclusión de ese plazo, comunicarse por escrito entre sí el listado de las cuestiones que debe resolver el arbitraje. Los listados así comunicados durante ese periodo constituirán los Términos de Referencia provisionales. En el plazo de 30 días desde la designación de los árbitros conforme a los párrafos que siguen, el Presidente comunicará a las autoridades competentes y a la persona que presentó la solicitud de arbitraje una versión revisada de los Términos de Referencia provisionales, basada en los listados comunicados. Las autoridades competentes, en el plazo de 30 días desde que ambas hayan recibido la versión revisada, tendrán la posibilidad de acordar unos Términos de Referencia distintos y comunicárselos por escrito a los árbitros y a la persona que solicitó la remisión a arbitraje. Si se presentan en plazo, estos Términos de Referencia distintos constituirán los Términos de Referencia del caso. Si las autoridades competentes no acuerdan y notifican por escrito unos Términos de Referencia distintos durante ese período, la versión de los Términos de Referencia provisionales revisada por los árbitros constituirán los Términos de Referencia del caso.

15.2. Si estas disposiciones se incluyen en el acuerdo, será necesario prolongar el plazo previsto en el artículo 3 del acuerdo amistoso estándar para el nombramiento de un árbitro por cada autoridad competente. Ese plazo podrá ampliarse a, por ejemplo, 90 días, lo que permitiría a las autoridades competentes tener en cuenta los Términos de Referencia acordados para escoger a sus respectivos árbitros.

15.3. Los "Términos de referencia" constituirán el documento que expone las cuestiones que deben resolver los árbitros. En él se determinará la base jurisdiccional de las cuestiones que debe decidir la comisión arbitral. Las autoridades competentes son las encargadas de elaborar este documento, pudiendo consultar a estos efectos con el solicitante del procedimiento arbitral. Si las autoridades competentes no pudieran acordar los Términos de Referencia en el plazo previsto en el apartado 1 sugerido más arriba, será necesario prever algún mecanismo que asegure el avance en el proceso. El apartado 2 sugerido más arriba prevé esa posibilidad.

15.4. Aun cuando los Términos de referencia estarán por lo general limitados a una cuestión o cuestiones concretas, las autoridades competentes podrán, teniendo en cuenta la naturaleza del caso y las interacciones entre las distintas cuestiones, redactar los Términos de referencia de forma que se someta a arbitraje la totalidad del caso (y no únicamente determinadas cuestiones concretas).

15.5. Como se prevé en el párrafo 1 sugerido más arriba, las normas procedimentales previstas en el acuerdo estándar resultarán de aplicación excepto si las autoridades competentes disponen lo contrario en los Términos de referencia. Por tanto, en un caso dado, las autoridades competentes pueden apartarse de cualquiera de estas disposiciones (incluidas, por ejemplo, las normas sobre la designación y retribución de los árbitros) o establecer otras complementarias, acordándolo así en los Términos de referencia.

Designación y nombramiento de los árbitros

16. El artículo 3 del acuerdo estándar describe el procedimiento para la elección de los árbitros. Por lo general, cada autoridad competente designará a un árbitro. Estos nombramientos deben realizarse en el plazo de 60 días desde la recepción de la solicitud de remisión a arbitraje por ambas autoridades competentes. Los árbitros así nombrados elegirán al Presidente, quien deberá ser nombrado en el plazo de 60 días desde la fecha del último de los nombramientos iniciales. Para el caso de que las autoridades competentes no procedieran al nombramiento de los árbitros en el plazo previsto, o de que los árbitros así nombrados no nombraran al tercer árbitro en el plazo previsto, el apartado prevé que será el miembro de mayor nivel en el escalafón del Centro de Política y Administración Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que no sea nacional de ninguno de los Estados contratantes quien proceda al nombramiento. Naturalmente, las autoridades competentes pueden acordar otros métodos para abordar estas situaciones poco frecuentes, pero parece importante dotar a una persona independiente de la facultad de designación, de modo que pueda solventar los estancamientos a los que pudiera llegarse en la designación de los árbitros.

17. El apartado 1 del artículo 3 enuncia los requisitos que todo árbitro debe satisfacer. Los árbitros deben tener conocimientos o experiencia en cuestiones fiscales internacionales, si bien, a menos que las autoridades competentes lo decidan de otro modo, no tienen que tener experiencia como jueces o árbitros. Además, en el momento de su nombramiento, todo árbitro debe ser imparcial e independiente de las autoridades competentes, de las administraciones tributarias y de los ministerios de hacienda/finanzas (o de los ministerios o departamentos equivalentes pertinentes, con independencia de su denominación) de los Estados contratantes, así como de todas las personas directamente afectadas por el caso y de sus asesores. Asimismo, los árbitros deben mantener su imparcialidad e independencia a lo largo del procedimiento, y evitar, durante un plazo razonable posterior al procedimiento, toda actuación que pueda lesionar la apariencia de imparcialidad e independencia de los árbitros respecto del procedimiento. Esta conducta incluye, por ejemplo, aceptar un empleo de una de las personas directamente afectadas por un caso poco después de haber pronunciado la decisión arbitral sobre ese caso. Las autoridades competentes pueden convenir los criterios complementarios aplicables en materia de imparcialidad e independencia. Por ejemplo, las autoridades competentes pueden exigir que los candidatos les comuniquen cualquier hecho o

circunstancia que pueda cuestionar su imparcialidad o independencia. Las autoridades competentes pueden acordar también las reglas aplicables a las situaciones en las que los árbitros no puedan desempeñar sus funciones debido a una enfermedad o incapacidad, por no cumplir los criterios de imparcialidad e independencia, o por cualquier otra razón.

18. El apartado 4 del artículo 3 precisa el momento en que se considera que se ha nombrado a un árbitro, lo que es importante a los efectos de otras disposiciones que hacen referencia a la fecha del nombramiento de uno o más árbitros. Se considerará que se ha nombrado al árbitro una vez se haga entrega a ambas autoridades competentes de una carta en la que se confirma el nombramiento, firmada por el árbitro y por la persona o personas facultadas para proceder al mismo conforme a los apartados 2 y 3 del artículo.

El procedimiento arbitral

19. El artículo 4 enuncia las reglas que se aplican al procedimiento arbitral excepto si, en el plazo de 60 días desde el nombramiento del Presidente de la comisión arbitral, las autoridades competentes convienen en aplicar el planteamiento opcional del artículo 5 para el caso considerado.

20. Como se indica en el párrafo 4 anterior, el planteamiento de procedimiento de arbitraje propuesto en el acuerdo estándar es el de "última mejor oferta". El apartado 1 del artículo explica que el primer paso de ese proceso es que la autoridad competente de cada Estado contratante remita a cada árbitro, en el plazo de 60 días desde el nombramiento del Presidente (o en otro plazo que las autoridades competentes puedan acordar antes de que expire el plazo de 60 días), una propuesta de resolución que abarque todas las cuestiones irresolutas del caso de forma coherente con los acuerdos alcanzados previamente respecto de ese caso entre las autoridades competentes. Para cada ajuste o cuestión similar del caso, la resolución propuesta consistirá únicamente en unos importes monetarios concretos (por ejemplo, de renta) o, el importe máximo del impuesto que puede exigirse conforme a las disposiciones del Convenio. No obstante, en algunos casos, entre las cuestiones no resueltas se incluirán algunas relativas a si se han respetado las condiciones para la aplicación de una disposición del Convenio. Cuando las cuestiones no resueltas de un caso comprendan "determinaciones iniciales" tales como si una persona es residente de un Estado contratante, o si una empresa de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, las autoridades competentes pueden enviar las respuestas que proponen a esas determinaciones iniciales (es decir, si o no). Si existen otras cuestiones irresolutas cuya solución dependa de la respuesta dada a la determinación inicial, se prevé que las autoridades competentes puedan enviar propuestas de resolución alternativas en relación con esas cuestiones.

21. Como se explica en el párrafo 2 del artículo, las propuestas de resolución remitidas por las autoridades competentes de cada Estado contratante pueden respaldarse mediante un documento de posición que se facilitará en el mismo plazo.

22. El apartado 3 indica que cada autoridad competente puede remitir también, en el plazo de 120 días desde el nombramiento del Presidente, una respuesta argumentativa en relación con la propuesta de resolución y el documento de posición remitidos por la otra autoridad competente. La respuesta argumentativa y su documento de posición deben referirse únicamente a las posiciones y argumentos de la otra autoridad competente, y las autoridades

competentes no deben entenderlos como una ocasión para formular argumentos adicionales en favor de su propia posición.

23. Dada la naturaleza del método de "última mejor oferta" no será necesario que los árbitros mantengan reuniones presenciales, pudiendo comunicarse entre sí y con ambas autoridades competentes por teléfono o videoconferencia. Esto se prevé en el párrafo 4, en el que se añade que, si fuera necesario celebrar una reunión presencial que implique costes adicionales, será el Presidente quien contacte con las autoridades competentes y estas decidirán la fecha y el lugar de la reunión.

24. El párrafo 5 dispone que la comisión arbitral adoptará como suya una de las propuestas de resolución remitidas por las autoridades competentes. En los casos que entrañen una o más determinaciones iniciales, la comisión arbitral tomará una decisión sobre esas determinaciones iniciales, y adoptará después una de las propuestas de resolución remitidas por las autoridades competentes. La decisión se adoptará por mayoría simple de los árbitros y no incluirá motivación o explicación alguna. A la luz de la finalidad del arbitraje de servir de método simplificado para resolver controversias entre las autoridades competentes, su decisión se comunicará por escrito a las autoridades competentes y no podrá utilizarse como precedente en relación con otros casos. A menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo, la decisión arbitral se remitirá en el plazo de 60 días contados desde la recepción por los árbitros de la última respuesta argumentativa o, en caso de que no se haya remitido ninguna, en el plazo de 150 días desde el nombramiento del Presidente.

El procedimiento alternativo de arbitraje

25. El artículo 5 enuncia las reglas aplicables al método de la "opinión independiente" que, conforme al acuerdo estándar, las autoridades competentes pueden elegir de forma individualizada. Esa opción debe ejercerse en el plazo de 60 días tras el nombramiento del Presidente de la comisión arbitral.

26. El apartado 1 de este artículo indica que si las autoridades competentes optan por este planteamiento, cada una de ellas remitirá a la comisión arbitral y a la otra autoridad competente, en el plazo de 120 días desde la toma de esa decisión, toda la información que consideren necesaria para que la comisión tome su decisión. Se entiende que esta información incluirá una descripción de los hechos y de las cuestiones sobre las que debe tomarse la decisión, la posición de las autoridades competentes al respecto y la argumentación que las sustentan. A menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo, la comisión arbitral no podrá tener en cuenta la información que no estuviera a disposición de ambas autoridades competentes antes de que ambas recibieran la solicitud de remisión a arbitraje.

27. Cabe esperar que sean necesarias una o más reuniones de la comisión arbitral y de ambas autoridades competentes para estudiar el caso. El apartado 3 prevé que las autoridades competentes decidirán el lugar y la fecha de celebración de estas reuniones en el plazo de 30 días desde el momento en el que el Presidente de la comisión arbitral les informe de la necesidad de celebrarla.

28. El párrafo 2 prevé que el solicitante del arbitraje podrá, bien directamente o a través de sus representantes, remitir por escrito su posición a los árbitros, en la misma medida en que pueda hacerlo durante el procedimiento amistoso y, si las autoridades competentes y los

árbitros están de acuerdo, podrá expresar oralmente su posición en una reunión de los árbitros. La participación del solicitante del arbitraje está condicionada a la decisión que adopten las autoridades competentes en el marco del procedimiento amistoso y en el transcurso del procedimiento arbitral.

29. La forma más sencilla para determinar las normas procedimentales que regirán el procedimiento arbitral basado en la "opinión independiente", que no hayan acordado ya expresamente las autoridades competentes, es la de dejar que sean los árbitros quienes las desarrollen en función de las necesidades del caso. De este modo, los árbitros tienen libertad para recurrir a los procedimientos de arbitraje existentes. Las normas procedimentales deben precisar claramente que, salvo que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo, los hechos en los que base su decisión la comisión arbitral serán los analizados en el procedimiento amistoso (véase la última frase del apartado 1 del artículo). El apartado 5 del artículo sigue este planteamiento. Así, los árbitros serán quienes tomen las decisiones referidas a la conformación de las reuniones de arbitraje, a menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo.

30. Conforme al apartado 4 del artículo, los árbitros se pronunciarán sobre las cuestiones remitidas a arbitraje conforme a las disposiciones aplicables del Convenio y, con sujeción a dichas disposiciones, conforme a las de la legislación interna de los Estados contratantes. En este sentido, la comisión arbitral no examinará la aplicación de la legislación interna más que en la medida necesaria para determinar si un Estado contratante ha aplicado correctamente las disposiciones del Convenio.

31. Como señala el apartado 4, las autoridades competentes pueden también, identificar de común acuerdo otras fuentes de derecho o autoridades que la comisión arbitral tendrá en cuenta. Las materias respecto de las que las autoridades competentes tienen dificultades para alcanzar un acuerdo suelen comprender cuestiones relativas a la de interpretación de los convenios o de aplicación del principio de plena competencia que subyace al artículo 9 y al apartado 2 del artículo 7. Por tanto, las autoridades competentes pueden querer estipular que los árbitros decidirán sobre las cuestiones relativas a la interpretación de los convenios conforme a los principios interpretativos recogidos en los artículos 31 a 33 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, teniendo en cuenta los Comentarios al Modelo de Convenio tributario de la OCDE, con las modificaciones que vayan sucediéndose, como se explica en los párrafos 28 a 36.1 de la Introducción. También podrán estipular que las cuestiones relacionadas con la aplicación del principio de plena competencia se resuelvan, de forma similar, a la luz de las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. Dado que el artículo 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* permite el acceso a medios complementarios para la interpretación, en la práctica, los árbitros tienen amplia discreción para determinar las fuentes pertinentes para la interpretación de las disposiciones de los convenios. También pueden darse casos en los que las autoridades competentes estén de acuerdo en que la interpretación o aplicación de una disposición de un convenio tributario depende de un documento concreto (por ejemplo, un memorando de entendimiento o un acuerdo amistoso concluido después de la entrada en vigor de un convenio) pero discrepen en cuanto a la interpretación dada a ese documento. En tal caso, las autoridades competentes pueden querer hacer mención expresa a ese documento.

32. El apartado 6 del artículo prevé que, a menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo, la decisión de la comisión arbitral se remitirá por escrito a las autori-

dades competentes de los Estados contratantes en el plazo de 365 días desde la fecha del nombramiento del Presidente. La decisión incluirá las fuentes del Derecho sobre las que se fundamenta, así como la motivación que condujo a su determinación. Generalmente incluirá también una descripción de los hechos y circunstancias pertinentes del caso, una exposición clara de las posiciones sostenidas por ambas autoridades competentes y un breve resumen del procedimiento. La decisión se adoptará por mayoría simple de los árbitros. Como cuando se aplica el método de la "última mejor oferta", la decisión no tendrá valor como precedente, pero el apartado 6 prevé la posibilidad de su publicación. No obstante, la publicación está condicionada a la conformidad de ambas autoridades competentes y de la persona que solicitó la remisión a arbitraje. Además, con el fin de salvaguardar la confidencialidad de la información proporcionada a las autoridades competentes, la publicación debe hacerse sin revelar los nombres de las partes intervinientes ni ningún elemento que pueda conducir a su identificación. Por lo general, los acuerdos adoptados en virtud de procedimientos amistosos en relación con casos concretos no son públicos, sin embargo, en el caso de las decisiones arbitrales motivadas, su publicación hace más transparente el proceso. Asimismo, aun cuando la decisión no sienta precedente en modo alguno, su conocimiento por el público puede influir en el tratamiento de otros casos, evitando controversias ulteriores y permitiendo adoptar un criterio más homogéneo sobre las mismas cuestiones.

Comunicación de información y confidencialidad

33. Es importante que se permita a los árbitros acceder sin restricciones a la información necesaria para resolver las cuestiones remitidas a arbitraje pero, al mismo tiempo, someterles estrictamente a las mismas obligaciones sobre confidencialidad aplicables a las propias autoridades fiscales en relación con dicha información. El planteamiento propuesto para garantizar ese resultado, incorporado en el artículo 6 del acuerdo estándar, es el de convertir a los árbitros en representantes autorizados de las autoridades competentes. Esto será así únicamente a los efectos de la aplicación de las disposiciones del Convenio que resulten pertinentes (es decir, los artículos 25 y 26) y de las disposiciones de la legislación interna de los Estados contratantes, en las que normalmente se regulan las sanciones aplicables en caso de incumplimiento del deber de confidencialidad.

Suspensión por no aportación en plazo de la información

34. Como se señaló en el apartado 15 anterior, el artículo 7 del acuerdo estándar prevé que el plazo de dos años al que se refiere el apartado 1 del artículo 2 puede ampliarse cuando ambas autoridades competentes convengan en que la persona directamente afectada por el caso ha incumplido la presentación en plazo de la información adicional requerida por cualquiera de las autoridades competentes una vez iniciado el plazo de dos años. En ese caso, el planteamiento del acuerdo estándar es el de ampliar el plazo en un tiempo igual al transcurrido entre la fecha en la que se requirió la información y aquella en la que finalmente se facilita. Sin embargo, cuando no se facilite a las autoridades competentes la información necesaria para resolver un caso concreto, nada les impide resolverlo sobre la base de la limitada información de la que dispongan, impidiendo así el acceso al procedimiento arbitral. También es posible establecer en el acuerdo un plazo adicional (por ejemplo, un año) cuya extinción sin que el contribuyente haya presentado la información complementaria requerida por cualquiera de las autoridades competentes impida volver a someter la cuestión a arbitraje.

Costes

35. Son varios los costes en los que puede incurrirse en relación con el procedimiento arbitral y debe quedar claro quién ha de soportarlos. El artículo 8 del acuerdo estándar, que trata esta materia, se fundamenta en el principio de que cuando una autoridad competente o una persona relacionada con un caso pueda controlar el importe de un coste concreto, debe ser esa parte quien lo soporte, mientras que ambas autoridades competentes deben sufragar los restantes costes en igual proporción.

36. Por tanto, parece lógico prever que cada autoridad competente, así como el solicitante de la remisión a arbitraje, sufrague su propia participación en el procedimiento arbitral. Aquí se incluirán los costes de representación en las reuniones y de preparación y presentación de su posición y sus argumentos, tanto por escrito como oralmente. Esto se estipula en el subapartado *a*).

37. Los honorarios que deban pagarse a los árbitros constituirán probablemente la partida más importante de los costes del procedimiento arbitral. Como se indica en el subapartado *b*) cada autoridad competente soportará los honorarios del árbitro que haya designado exclusivamente (o que haya designado el miembro de mayor nivel en el escalafón del Centro de Política y Administración Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su nombre por falta de designación de árbitro por esa autoridad competente), además de sus gastos de desplazamiento, telecomunicaciones y de secretaría.

38. No obstante, el subapartado *c*) prevé que ambas autoridades competentes sufragarán en partes iguales los honorarios y gastos de desplazamiento, comunicaciones y de secretaría del Presidente de la comisión arbitral. Por lo general, las autoridades competentes acordarán sufragar estos gastos en el momento de la designación de los árbitros, circunstancia normalmente confirmada en el documento de nombramiento. Los honorarios serán lo suficientemente cuantiosos como para permitir contratar a expertos cualificados.

39. Las autoridades competentes pueden querer incluir también en el acuerdo un baremo de honorarios pagados a los árbitros y tienen libertad para determinar esos baremos de forma que reflejen las circunstancias propias de los Estados contratantes, su relación específica y el tipo de procedimiento arbitral. A estos efectos, las autoridades competentes han utilizado una serie de baremos de honorarios, incluidos los establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como los honorarios propuestos en el Código de Conducta revisado para la aplicación efectiva del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (Convenio de Arbitraje UE). El acuerdo puede limitar igualmente el número de desplazamientos y de días que se retribuirán a los árbitros.

40. Los gastos relacionados con toda reunión de la comisión arbitral, comprendidos los del personal administrativo necesario para la preparación y el desarrollo de la reunión, así como los relativos a la utilización de instalaciones para la reunión, correrán a cargo de la autoridad competente anfitriona. En la mayoría de los casos, esta autoridad competente utilizará instalaciones y personal de los que ya disponga, por lo que no parece adecuado imputar parte de estos costes a la otra autoridad competente. Naturalmente, la expresión “costes relacionados con la celebración de las reuniones” no incluye los gastos de viaje y alojamiento en los que incurran los participantes. Estos gastos se tratan más arriba.

41. Los restantes costes (sin incluir los que entrañe la participación del contribuyente en el proceso) se repartirán en partes iguales entre ambas autoridades competentes, siempre que hayan acordado incurrir en los mismos. Esto incluye, por ejemplo, los costes de los servicios de traducción y grabación que ambas autoridades competentes hayan acordado ofrecer; así como los costes de una reunión de la comisión arbitral que ambas autoridades competentes hayan decidido mantener, pero de la que ninguna de ellas sea la anfitriona. En ausencia de acuerdo entre las autoridades competentes, los costes los sufragará la parte solicitante.

42. Como se señala al principio del artículo 8, las autoridades competentes pueden apartarse de estas reglas y convenir un método distinto de asignación de costes respecto de un caso o gasto concretos.

Incumplimiento del plazo para la comunicación de la decisión

43. Para poder abordar aquellas circunstancias poco frecuentes en las que los árbitros no puedan o no deseen emitir su decisión, el artículo 9 prevé que si la decisión no se comunica en el plazo determinado en el apartado 5 del artículo 4 o en el apartado 6 del artículo 5, o en otro plazo acordado por las autoridades competentes, estas podrán acordar el nombramiento de nuevos árbitros para ver el caso. En este supuesto, la fecha de este acuerdo entre las autoridades competentes se considerará, a los efectos del procedimiento descrito en los artículos 4 y 5, como la fecha de solicitud de remisión a arbitraje.

Casos en los que no se emitirá la decisión arbitral

44. El artículo 10 del acuerdo estándar aborda en primer lugar, los casos en los que las autoridades competentes pueden resolver las cuestiones irresolutas remitidas a arbitraje antes de que se emita la decisión. Dado que el procedimiento arbitral es un mecanismo extraordinario para solventar las cuestiones que no puedan resolverse a través de un procedimiento amistoso habitual, lo adecuado es poner fin a esta vía cuando las autoridades competentes puedan resolver dichas cuestiones por sí mismas. Las autoridades competentes pueden convenir una resolución de estas cuestiones en tanto que no se haya emitido la decisión arbitral. El artículo 10 prevé asimismo que el procedimiento arbitral y el procedimiento amistoso se extinguirán automáticamente si, antes de que se haya emitido la decisión, la persona que presentó el caso retira su solicitud de arbitraje o la de remisión al procedimiento arbitral.

Decisión final

45. El artículo 11 trata los casos en los que los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados contratantes consideren inaplicable la decisión arbitral por contravenir las disposiciones del apartado 5 del artículo 25, o por otra razón. En tal caso, la solicitud de remisión a arbitraje se entenderá no presentada y el procedimiento arbitral no celebrado excepto a los efectos de las disposiciones del acuerdo estándar que versan sobre “Comunicación de información y confidencialidad” y “Costes”. En ese caso, el contribuyente podrá presentar inmediatamente una nueva solicitud de remisión a arbitraje dado que el plazo de dos años para presentar la solicitud ya habrá expirado. No obstante, las autoridades competentes pueden prever asimismo que esa nueva solicitud no será admisible en algunos casos, por ejemplo, cuando los actos del contribuyente constituyan el motivo principal para la invalidación de la decisión arbitral.

46. El artículo 11 no tiene por objeto ofrecer razones autónomas para invalidar una decisión arbitral cuando dichas razones no existan en la legislación interna de los Estados contratantes. Por el contrario, su objeto es el de asegurar que cuando uno de los Estados contratantes invalida una decisión arbitral por razón de dichas razones contenidas en la normativa en vigor, el otro Estado contratante no está obligado a llevar esa decisión a efecto. Esto puede ocurrir en el marco de la legislación interna de algunos Estados, por ejemplo, en caso de vicio del procedimiento (p. ej., una contravención de la obligación de imparcialidad o de independencia que se exige a los árbitros) que repercuta significativamente en el resultado del procedimiento arbitral. Sin embargo, dado que la decisión arbitral es irrecurrible, no está previsto que un tribunal pueda invalidar una decisión arbitral meramente por razón de su desacuerdo con el resultado del procedimiento.

Ejecución de la decisión

47. Una vez que el procedimiento arbitral ha resuelto de forma vinculante las cuestiones que no pudieron acordar las autoridades competentes, estas procederán a finalizar el procedimiento amistoso que da efecto a la decisión y se presentará a las personas directamente interesadas en el caso. A fin de evitar ulteriores retrasos, se sugiere la conclusión y presentación al contribuyente del acuerdo amistoso que incorpora la solución alcanzada en el plazo de 180 días desde la fecha de comunicación de la decisión. Así lo prevé el artículo 12 del acuerdo estándar.

48. El apartado 2 del artículo 25 dispone que las autoridades competentes están obligadas a aplicar el acuerdo alcanzado independientemente de los plazos previstos en sus respectivas legislaciones internas. El apartado 5 del artículo prevé asimismo que la decisión arbitral es vinculante para ambos Estados contratantes. Por tanto, una imposición contraria al acuerdo amistoso, o la no aplicación de la decisión arbitral mediante la conclusión de un acuerdo amistoso, originarán una imposición no acorde con el Convenio y, por tanto, facultarán al sujeto pasivo de dicha imposición a ejercer los recursos de los que disponga en virtud de su legislación interna, o a plantear nuevamente el caso conforme al apartado 1 del artículo.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 26
RELATIVO AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

I. Observaciones preliminares

1. Hay razones suficientes para incluir en un convenio para evitar la doble imposición disposiciones referentes a la cooperación entre las Administraciones tributarias de los Estados contratantes. En primer lugar, parece deseable acordar una asistencia administrativa para determinar los hechos en relación con los que van a aplicarse las reglas del Convenio. Por otro lado, y dada la creciente internacionalización de las relaciones económicas, los Estados contratantes tienen cada vez más interés en la comunicación recíproca de información que permita aplicar la legislación tributaria interna, incluso en el caso de que no se trate de la aplicación de un artículo concreto del Convenio.

2. En consecuencia, el presente artículo contiene las reglas según las que puede intercambiarse la información en su más amplia extensión con el fin de establecer las bases adecuadas para la aplicación de la legislación tributaria interna de los Estados contratantes y para la aplicación de disposiciones concretas del Convenio. El texto del artículo precisa que el intercambio de información no está restringido por los artículos 1 y 2, por lo que la información puede incluir datos sobre no residentes y puede referirse a la administración o la exigencia de impuestos no comprendidos en el artículo 2.

3. El artículo 27 se refiere a la asistencia administrativa para la recaudación de los impuestos, si bien los intercambios de información encaminados a recaudar impuestos se rigen por el artículo 26 (véase el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 27). De igual forma, los procedimientos amistosos son objeto del artículo 25, pero es el artículo 26 el que rige los intercambios de información a los efectos de un procedimiento amistoso (véase el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 25).

4. En 2002 el Comité de Asuntos Fiscales llevó a cabo una revisión en profundidad del artículo 26 para garantizar que reflejara las prácticas actuales de los países. Esta revisión tuvo también en cuenta recientes avances como el *Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria* elaborado por el "Grupo de Trabajo del Foro Global de la OCDE para el Intercambio Efectivo de Información" y el estándar óptimo de acceso a la información bancaria descrito en el informe "Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios"[1]. Resultado de lo cual, en 2005 se introdujeron diversas modificaciones tanto en el tenor del artículo como en los comentarios.

4.1. Muchos de los cambios que se hicieron entonces al artículo no tenían por objeto alterar su naturaleza, sino más bien despejar dudas sobre su verdadera interpretación. Por ejemplo, el cambio de "necesaria" por "previsiblemente pertinente" o la inserción de la expresión: "para administrar o hacer cumplir lo dispuesto" en el apartado 1 se hicieron para ganar en coherencia con el *Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información en Materia Tributaria* y su intención no era la de alterar los efectos de la disposición. El apartado 4 se añadió para incorporar al artículo la interpretación común expresada en los Comentarios con anterioridad (véase el párrafo 19.6). El párrafo 5 se añadió para reflejar los usos administrativos comunes a

[1] OCDE, París, 2000.

la inmensa mayoría de los Estados miembros de la OCDE (véase el párrafo 19.10). Por el contrario, la inserción de la expresión "o de la supervisión de las funciones anteriores" en el apartado 2 supuso la revocación de la regla anterior.

4.2. Los Comentarios también se ampliaron considerablemente. Esta ampliación reflejó en parte la introducción de los apartados 4 y 5 en el artículo. Se introdujeron otros cambios en los Comentarios para tener en cuenta los avances y las prácticas de los Estados y, de forma más general, para despejar dudas sobre la interpretación correcta del artículo.

4.3. El artículo y los Comentarios fueron objeto de una ulterior modificación en 2012 para dejar constancia de los recientes avances y para profundizar en la interpretación de ciertas disposiciones de este artículo. El apartado 2 se modificó para permitir a las autoridades competentes utilizar la información recibida para otros fines siempre que el Derecho de ambos Estados contemplen tal posibilidad y la autoridad competente del Estado emisor autorice dicho uso. Esta posibilidad estaba ya recogida en el párrafo 12.3 de los Comentarios como una disposición opcional.

4.4. Los comentarios se ampliaron para mejorar la interpretación del criterio de la "pertinencia previsible" y de la expresión "a la pesca de información" mediante la introducción de aclaraciones generales (véase el párrafo 5), precisiones relativas a la identificación del contribuyente objeto de una inspección o investigación (véase el párrafo 5.1), orientaciones sobre las solicitudes relativas a un grupo de contribuyentes (véase el párrafo 5.2) y nuevos ejemplos (véanse las letras *e*) a *h*) del párrafo 8 y el párrafo 8.1). Los Comentarios prevén igualmente una norma supletoria opcional relativa a los plazos en que la información ha de facilitarse, a menos que las autoridades competentes lo acuerden de otro modo (véanse los párrafos 10.4 a 10.6) y que, conforme al principio de reciprocidad, si un Estado contratante aplica, en virtud del párrafo 5, medidas no contempladas normalmente por su legislación interna o sus prácticas internas, concretamente para el acceso e intercambio de la información bancaria, ese Estado está igualmente legitimado para solicitar información análoga al otro Estado contratante (véase el párrafo 15). Asimismo, se incluyeron otras aclaraciones en los párrafos 3, 5.3, 6, 11, 12, 12.3, 12.4, 16, 16.1 y 19.7.

II. Comentarios a las disposiciones del artículo

Apartado 1

5. La primera frase del apartado enuncia la regla básica relativa al intercambio de información. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar correctamente las disposiciones del Convenio y de la legislación interna de los Estados contratantes relativas a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, incluso si no se trata, como en este último caso, de la aplicación de un artículo concreto del Convenio. El criterio de la "pertinencia previsible" tiene por objeto garantizar un intercambio de información en materia tributaria en la medida más amplia posible y, al mismo tiempo, trata de precisar que los Estados no pueden "ir a la pesca de información" con total libertad o solicitar información de dudosa pertinencia respecto de los asuntos fiscales de un determinado contribuyente. En el contexto del intercambio de información previo requerimiento, el referido criterio exige que exista una posibilidad razonable de que la información requerida sea pertinente en el momento de

solicitarla, sin importar que, una vez facilitada, resulte o no realmente pertinente. Por tanto, no podrá declinarse un requerimiento de información cuando la evaluación precisa de la pertinencia de la información respecto de una inspección o investigación en curso solo pueda efectuarse después de haberla recibido. Las autoridades competentes deberán consultarse en aquellas circunstancias en las que el contenido de la solicitud, las circunstancias conducentes a la solicitud o la pertinencia previsible de la información solicitada no estén claras para el Estado requerido. No obstante, una vez que el Estado requirente haya explicado la pertinencia previsible de la información solicitada, el Estado requerido no podrá denegar la solicitud o negarse a transmitir la información requerida por considerar que carece de pertinencia para la investigación o inspección subyacentes. Cuando el Estado requerido tenga conocimiento de hechos que pongan en entredicho la pertinencia de parte de la información solicitada, las autoridades competentes deberán consultarse entre sí y el Estado requerido podrá solicitar al Estado requirente aclaraciones sobre la pertinencia previsible de la información a la luz de los hechos. Al mismo tiempo, el apartado 1 no obliga al Estado requerido a facilitar información en respuesta a solicitudes efectuadas "a la pesca de información", es decir, solicitudes especulativas de información sin un nexo aparente con una investigación abierta o una inspección en curso.

5.1. Al igual que ocurre en el *Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia tributaria*[2], un requerimiento de información no es "ir a la pesca de información" únicamente porque no se indique el nombre o la dirección (o ambos) del contribuyente objeto de investigación o inspección. Es el mismo caso que cuando los nombres se deletrean de forma distinta o la información sobre los nombres y domicilios se presentan en un formato diferente. No obstante, cuando el Estado requirente no facilite el nombre o la dirección (o ambos) del contribuyente sujeto a inspección o investigación, deberá incluir información adicional suficiente que permita identificar al contribuyente en cuestión. De igual forma, el apartado 1 no exige que la solicitud incluya necesariamente el nombre o el domicilio de la persona en cuyo poder se cree está la información. De hecho, la cuestión de cuán específico debe ser el requerimiento respecto de dicha persona recae, en términos generales, en el ámbito de las letras *a*) y *b*) del apartado 3 del artículo 26.

5.2. El criterio de la «pertinencia previsible» puede satisfacerse tanto en los casos concernientes a un solo contribuyente (identificado por nombre o de otro modo) como a varios contribuyentes (identificados por nombre o de otro modo). Cuando un Estado contratante emprende una investigación sobre un grupo específico de contribuyentes con arreglo a su legislación interna, todo requerimiento de información relacionado con la investigación servirá generalmente para "administrar o hacer cumplir" su normativa tributaria interna y, en consecuencia, satisface los requisitos previstos en el apartado 1, siempre que el requerimiento responda al criterio de la "pertinencia previsible". No obstante, si el requerimiento de información concierne a un grupo de contribuyentes no identificados individualmente, probablemente será más difícil establecer que el requerimiento no es un "ir a la pesca de información" ya que el Estado requirente no puede referirse a una investigación en curso sobre las actividades de un contribuyente concreto, lo que bastaría en sí, en la mayoría de los casos, para descartar la idea de que la solicitud es aleatoria o especulativa. En tales supuestos, será necesario que el Estado requirente aporte una descripción detallada del grupo, así

[2] Véase el párrafo 58 de estos Comentarios.

como los hechos y circunstancias específicos que llevan a requerir la información, una explicación de la norma aplicable y de las razones que existen para creer que los contribuyentes del grupo sobre el que se solicita información han incumplido dicha norma, acompañadas de pruebas fehacientes. Asimismo, se exige la demostración de que la información solicitada ayudará a determinar el grado de cumplimiento fiscal por parte de los contribuyentes del grupo. Como ilustra el ejemplo del apartado *h*) del párrafo 8, ante un requerimiento de grupo, normalmente, aunque no necesariamente, un tercero habrá contribuido de forma activa al incumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes del grupo, en cuyo caso, tales circunstancias se describirán igualmente en la solicitud. Por otra parte, como ilustra el ejemplo contenido en el apartado *a*) del párrafo 8.1, un requerimiento de grupo que se limite a describir la prestación de servicios financieros a clientes no residentes y a mencionar la posibilidad de incumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de estos últimos no cumple el requisito de pertinencia previsible.

5.3. Los Estados contratantes pueden acordar una redacción alternativa del criterio de la "pertinencia previsible" que esté en consonancia con el ámbito de aplicación del artículo y, por consiguiente, se entienda que exige un intercambio efectivo de información (por ejemplo, sustituyendo "previsiblemente pertinente" por "necesaria" o "pertinente" o que "puede ser pertinente"). El ámbito del intercambio de información alcanza a todas las cuestiones tributarias, sin perjuicio de la práctica general y de las disposiciones legales que garantizan los derechos de los investigados y los testigos en procesos judiciales. El intercambio de información en materia penal puede basarse también en convenios bilaterales o multilaterales de asistencia jurídica (en la medida en que se apliquen a delitos fiscales). Con la finalidad de que el intercambio de información se circunscriba al marco del Convenio, se establece el límite de que las informaciones no deberán comunicarse más que cuando el gravamen previsto por la legislación interna no sea contrario al Convenio.

5.4. La información cubierta por el apartado 1 no se limita a información específica de contribuyentes. Las autoridades competentes pueden intercambiar cualquier otra información sensible, relativa a mejoras en la administración de los impuestos y en su cumplimiento, por ejemplo, técnicas de análisis de riesgo o mecanismos de elusión o evasión fiscales.

5.5. Las posibilidades de asistencia previstas en el artículo 26 no limitan las contenidas en acuerdos internacionales u otros instrumentos suscritos entre Estados contratantes que se refieran a cooperación en materia tributaria, ni están limitadas por estas. Dado que el intercambio de información relativo a la aplicación de los derechos de aduanas se basa en otros instrumentos internacionales, como norma general prevalecerán las disposiciones de dichos convenios específicos y, en la práctica, el intercambio de información relativo a los derechos de aduanas no se regirá por lo dispuesto en el artículo.

6. Los siguientes ejemplos pretenden esclarecer los principios expuestos en los párrafos 5, 5.1 y 5.2 anteriores. En los ejemplos mencionados en los párrafos 7 y 8, el intercambio de información puede producirse de acuerdo con el apartado 1 del artículo 26. En los ejemplos expuestos en el párrafo 8.1 y suponiendo que no se facilite información adicional, los Estados contratantes no están obligados a proporcionar información en respuesta a un requerimiento de información. Los ejemplos tienen mero valor ilustrativo y deben interpretarse a la luz del objetivo general del artículo 26 de no limitar el ámbito del intercambio de información, sino de permitir el intercambio "en la medida más amplia posible".

7. Aplicación del Convenio:

a) A los fines de la aplicación del artículo 12, el Estado A, donde reside el beneficiario, solicita al Estado B, donde reside el deudor, información relativa al importe de los cánones satisfechos.

b) A la inversa, para acordar la exención prevista en el artículo 12, el Estado B pregunta al Estado A si la persona que recibe los importes pagados es efectivamente residente de este último Estado y la beneficiaria efectiva de los cánones.

c) De igual modo, podrá ser necesario solicitar información a fin de proceder a una correcta distribución de los beneficios imponibles entre empresas asociadas situadas en Estados diferentes o ajustar los beneficios anotados en los libros de un establecimiento permanente en un Estado y en los de la sede en el otro Estado (artículos 7, 9, 23 A y 23 B).

d) La información puede ser necesaria con el fin de aplicar el artículo 25.

e) Al aplicar los artículos 15 y 23 A, el Estado A, Estado donde reside el empleado, informa al Estado B, donde ejerce el trabajo por cuenta ajena durante más de 183 días, sobre el importe exento de gravamen en el Estado A.

8. Aplicación de la legislación interna:

a) Una sociedad del Estado A suministra bienes a una sociedad independiente del Estado B. El Estado A desea conocer, a través del Estado B, el precio que ha pagado por los bienes la sociedad del Estado B, con el fin de poder aplicar correctamente las disposiciones de su legislación interna.

b) Una sociedad del Estado A vende bienes a una sociedad del Estado B por mediación de una sociedad del Estado C (posiblemente un país de baja tributación). Estas sociedades pueden estar o no asociadas. No hay convenio entre el Estado A y el Estado C, ni entre el Estado B y el Estado C. En virtud del convenio suscrito entre A y B, el Estado A, con el fin de aplicar correctamente las disposiciones de su legislación interna a los beneficios obtenidos por la sociedad situada en su territorio, pregunta al Estado B qué precio ha pagado la sociedad del Estado B por los bienes.

c) El Estado A, con vistas a someter a imposición a una sociedad situada en su territorio, solicita al Estado B, en virtud del Convenio firmado entre ambos, información sobre los precios aplicados por una sociedad o un grupo de sociedades del Estado B, con los que la sociedad del Estado A no tiene relaciones comerciales, con el fin de poder verificar por comparación directa los precios aplicados por la sociedad del Estado A (por ejemplo, los precios aplicados por una sociedad o un grupo de sociedades que ocupen una posición dominante). Conviene tener en cuenta que, en tal caso, el intercambio de información podría resultar difícil y delicado, particularmente a causa de las disposiciones del subapartado c) del apartado 3 relativas a secretos empresariales y otros.

d) El Estado A, con el objeto de comprobar las deducciones por IVA soportado por una sociedad situada en su territorio por servicios prestados por una sociedad residente del Estado B, solicita confirmación de que el coste de los servicios se anotó convenientemente en los libros y los registros contables de la sociedad en el Estado B.

e) La administración tributaria del Estado A inspecciona las actividades del Sr. X. Como consecuencia de dicha inspección, la administración tributaria dispone de indicios que apuntan a que el Sr. X es titular de una o varias cuentas bancarias no declaradas en el Banco B situado en el Estado B. No obstante, el Estado A ha observado que no es improbable que las cuentas estén a nombre de miembros de la familia del beneficiario efectivo con el fin de evitar que sean detectadas. En consecuencia, el Estado A solicita información sobre todas las cuentas en el Banco B de las que el Sr. X sea el beneficiario efectivo y sobre aquellas otras que están a nombre de su esposa E y sus hijos K y L.

f) El Estado A ha obtenido información sobre todas las transacciones realizadas con tarjetas de crédito extranjeras en su territorio en un determinado año. El Estado A ha tratado los datos y puesto en marcha una investigación para identificar todos los números de tarjetas de crédito en relación con las que la frecuencia y el patrón de las operaciones, junto con el tipo de uso en el transcurso de ese año, sugieren que los titulares de dichas tarjetas eran residentes fiscales del Estado A. El Estado A no puede hacerse con los nombres de esas personas utilizando los cauces y fuentes habituales de información disponibles conforme a su procedimiento tributario interno, ya que la información relevante no se encuentra en poder o bajo el control de personas sometidas a su jurisdicción. Los números de las tarjetas de crédito identifican al Banco B, ubicado en el Estado B, como uno de los emisores de dichas tarjetas. Sobre la base de una investigación o inspección en curso, el Estado A envía un requerimiento de información al Estado B solicitando el nombre, dirección y fecha de nacimiento de los titulares de las tarjetas específicas identificadas durante la investigación y los de cualquier otra persona con firma autorizada en dichas tarjetas. El Estado A facilita los números de las distintas tarjetas de crédito junto con la información antes mencionada con el fin de demostrar la pertinencia previsible de la información solicitada para su investigación y, en términos más generales, para administrar y hacer cumplir su legislación fiscal.

g) La sociedad A, residente del Estado A, es propiedad de la sociedad B, una empresa extranjera no cotizada, residente del Estado B. La administración tributaria del Estado A sospecha que los directivos X, Y y Z de la sociedad A son, directa o indirectamente, propietarios de la Sociedad B. De estar en lo cierto, estos directivos estarán sujetos a imposición por los dividendos abonados por la sociedad A a la sociedad B, al ser accionistas residentes conforme a lo dispuesto en las normas sobre transparencia fiscal internacional (CFC) del Estado A. La sospecha se basa en la información facilitada a la administración tributaria del Estado A por un antiguo empleado de la sociedad A. Al conocer estas alegaciones, los tres directivos de la sociedad A niegan poseer ninguna participación en la sociedad B. La administración tributaria del Estado A ha agotado todos los medios a su disposición para obtener información sobre el accionariado de la sociedad B. El Estado A solicita al Estado B información que determine si X, Y y Z son accionistas de la sociedad B. Por otra parte, habida cuenta de que en tales casos los titulares suelen ser, por ejemplo, sociedades instrumentales y accionistas nominales, solicita igualmente información al Estado B para esclarecer si X, Y y Z poseen una participación indirecta en la sociedad B. En el supuesto de que el Estado B no pueda determinar si X, Y

o Z poseen una participación indirecta, el Estado A solicita información sobre el/los accionista(s) para poder proseguir sus pesquisas.[3]

h) El proveedor de servicios financieros B está establecido en el Estado B. La administración tributaria del Estado A ha descubierto que B está comercializando un producto financiero a residentes del Estado A utilizando información engañosa que induce a pensar que el producto elimina la sujeción al impuesto en el Estado A por la renta acumulada con el producto. El producto exige la apertura de una cuenta con B a través de la que se efectúa la inversión. La administración tributaria del Estado A ha publicado una nota de alerta dirigida a los contribuyentes en la que se les advierte acerca del producto y se les aclara que no tiene los efectos fiscales sugeridos, debiendo declararse las rentas que genera. A pesar de ello, B sigue comercializando el producto en su página *web*, mientras que el Estado A dispone de pruebas de que también lo comercializa a través de una red de asesores. El Estado A ha descubierto ya a diversos contribuyentes residentes que han invertido en el producto, ninguno de los cuales ha declarado las rentas generadas por sus inversiones. El Estado A ha agotado todos los medios a su alcance para obtener información sobre la identidad de aquellos de sus residentes que han invertido en dicho producto. El Estado A solicita información a la autoridad competente del Estado B respecto de todos los residentes del Estado A que (*i*) poseen una cuenta con B y (*ii*) han invertido en el referido producto financiero. En la solicitud, el Estado A indica la información antes mencionada, incluyendo detalles del producto financiero en cuestión y del estado en que se encuentra la investigación.

8.1. Situaciones en las que los Estados contratantes no están obligados a facilitar información en respuesta a un requerimiento de información, en la hipótesis de que no se aporten datos adicionales:

a) El Banco B tiene su sede en el Estado B. El Estado A somete a gravamen a sus residentes en base al criterio de renta mundial. La autoridad competente del Estado A solicita a la autoridad competente del Estado B que le facilite los nombres, fecha y lugar de nacimiento y saldos contables (incluyendo información sobre posibles activos financieros que consten en las cuentas) de residentes del Estado A que figuren como titulares, autorizados o beneficiarios efectivos de una cuenta en el Banco B del Estado B. En la solicitud se afirma tener conocimiento de que el Banco B cuenta con un número elevado de titulares de cuentas extranjeros, pero no aporta información complementaria de ningún tipo.

b) La sociedad B está establecida en el Estado B. El Estado A solicita tanto los nombres de todos los accionistas de la sociedad B que residan en el Estado A como información sobre todos los dividendos pagados a tales accionistas. El Estado requirente A señala que la sociedad B desarrolla una intensa actividad comercial en el Estado A y que, en consecuencia, es probable que algunos de sus accionistas residan en el

[3] En los casos en que el Estado B tenga conocimiento de hechos que ponen en entredicho la pertinencia previsible de parte de la información relativa a los accionistas, las autoridades competentes deberán consultarse y el Estado B podrá solicitar al Estado A aclaraciones sobre la pertinencia previsible a la luz de esos hechos, como se analiza en el párrafo 5.

Estado A. El requerimiento aclara igualmente que es bien sabido que los contribuyentes ocultan con frecuencia los activos o rentas de fuente extranjera.

9. La regla enunciada en el apartado 1 permite tres modalidades de intercambio de información:

a) previo requerimiento para un caso concreto, bien entendido que se habrá recurrido en primer lugar a las fuentes regulares de información previstas por la normativa tributaria interna antes de presentar el requerimiento de información al otro Estado;

b) automáticamente, por ejemplo, cuando la información sobre una o varias categorías de rentas procedentes de un Estado contratante y percibidas en el otro Estado contratante se transmiten sistemáticamente al otro Estado; véanse las Recomendaciones del Consejo de la OCDE C(97)29/Final, de 13 de marzo de 1997, (*Recomendación sobre el uso de números de identificación fiscal en un contexto internacional*) y C(2001)28/FINAL de 22 de marzo de 2001, (*Recomendación sobre el uso del Modelo de Memorando de Entendimiento en materia de intercambio automático de información con fines tributarios*);

c) espontáneo, por ejemplo, cuando un Estado ha obtenido, en el curso de determinadas investigaciones, información que supone de interés para el otro Estado.

9.1. Estas tres modalidades de intercambio (previo requerimiento, automático y espontáneo) pueden utilizarse también de forma combinada. Debe subrayarse que el artículo no limita las posibilidades de intercambio de información a estas modalidades y que los Estados contratantes pueden hacer uso de otras técnicas para obtener información que pueda ser importante para ambos Estados contratantes, como son, por ejemplo, las inspecciones o controles simultáneos, las inspecciones tributarias en el extranjero y el intercambio de información sectorial. Estas técnicas se describen en detalle en la publicación titulada "Intercambio de información en materia tributaria entre Estados miembros de la OCDE: análisis de las prácticas actuales" –"Tax Information Exchange between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices"[4]– y pueden resumirse como sigue:

— una inspección tributaria simultánea es el acuerdo al que llegan dos o más partes para comprobar simultáneamente, cada una en su territorio, los asuntos tributarios de uno o varios contribuyentes, sobre los que tengan un interés común o relacionado, con la intención de intercambiar cualquier información importante que obtengan de ese modo (véase la Recomendación del Consejo de la OCDE C(92)81, de 23 de julio de 1992, sobre un Modelo de Acuerdo de la OCDE para el desarrollo de inspecciones o controles simultáneos);

— una inspección tributaria en el extranjero permite obtener información gracias a la presencia de representantes de la administración tributaria del Estado contratante requirente. En la medida en que lo permita su legislación interna, un Estado contratante puede permitir la entrada de representantes autorizados del otro Estado contratante con el fin de interpelar a personas físicas o examinar la contabilidad y los registros contables de una persona –o para que estén presentes en tales interpelaciones y exámenes realizados por las autoridades tributarias del primer Estado

[4] OCDE, París, 1994.

contratante– de conformidad con los procedimientos determinados de común acuerdo entre las autoridades competentes. Tal petición puede darse, por ejemplo, cuando se permita a un contribuyente de un Estado contratante llevar sus libros contables en el otro Estado contratante. Este tipo de asistencia se presta sobre la base de la reciprocidad. El derecho interno de los Estados y sus prácticas difieren por lo que respecta al alcance de las competencias conferidas a los funcionarios de las Administraciones tributarias extranjeras. Por ejemplo, hay Estados en los que se impediría a un funcionario de una Administración tributaria extranjera la participación activa en una inspección o investigación llevada a cabo en su territorio; en otros, tal participación solo sería posible con el consentimiento del contribuyente. El Convenio conjunto de la OCDE y del Consejo de Europa de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal aborda expresamente la cuestión de las inspecciones tributarias en el extranjero en su artículo 9;

— un intercambio de información sectorial es el intercambio de información tributaria concerniente a un sector de actividad (por ejemplo: las industrias petrolífera o farmacéutica, el sector bancario, etc.) y no a contribuyentes concretos.

10. Las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden decidir cómo va a realizarse finalmente el intercambio de información previsto en el Convenio. Por ejemplo, los Estados contratantes pueden querer utilizar comunicaciones electrónicas u otras tecnologías de la información, con los sistemas de seguridad apropiados, para así mejorar la oportunidad y calidad de los intercambios de información. Los Estados contratantes que, de acuerdo con su legislación interna, deban respetar normas de protección de datos, quizá deseen incorporar en sus convenios bilaterales alguna disposición relativa a la protección de los datos de carácter personal intercambiados. La protección de datos abarca los derechos y libertades fundamentales de la persona y, en particular, el derecho a la privacidad, en lo concerniente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Véase, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981.

10.1. Antes del año 2000, el apartado únicamente autorizaba el intercambio de información y la utilización de la información intercambiada en relación con los impuestos comprendidos en el ámbito del Convenio, conforme a los principios generales del artículo 2. Con aquella redacción el apartado no obligaba al Estado requerido a dar cumplimiento a los requerimientos de información relativos a la aplicación de un impuesto sobre las ventas dado que dicho impuesto no estaba recogido en el ámbito del Convenio. Posteriormente se corrigió el apartado, de forma que el intercambio de información fuera aplicable a cualquier impuesto exigido por un Estado contratante, por sus subdivisiones políticas o por sus entidades locales, y para permitir el uso de la información intercambiada a los efectos de la aplicación de dichos impuestos. No obstante, algunos Estados contratantes pueden no estar en situación de intercambiar información relacionada con impuestos no comprendidos en el ámbito del Convenio según los principios generales del artículo 2, o de utilizar la información obtenida de un Estado cosignatario. Estos tienen plena libertad para restringir el ámbito del apartado 1 del artículo a los impuestos comprendidos en el Convenio.

10.2. En determinados casos un Estado contratante puede necesitar recibir información en un cierto formato para poder cumplir con sus requisitos probatorios u otros requisitos lega-

les. Tales formatos pueden incluir declaraciones de testigos y copias autenticadas de documentos originales. Los Estados contratantes deberán procurar atender estas necesidades en la medida de lo posible. En virtud del apartado 3, el Estado requerido puede negarse a proporcionar información en el formato específicamente requerido si, por ejemplo, ese formato es desconocido o no está permitido de acuerdo con sus leyes o su práctica administrativa. La denegación de la comunicación en el formato solicitado no afecta a la obligación de proporcionar esa información.

10.3. Nada de lo dispuesto en el convenio impide la aplicación de las disposiciones del artículo al intercambio de información existente con antelación a la entrada en vigor del Convenio, siempre que la asistencia en relación a esta información se preste tras la entrada en vigor del Convenio y una vez que las disposiciones del artículo surtan efecto. No obstante, los Estados contratantes pueden considerar útil aclarar en qué medida las disposiciones del artículo resultan aplicables a la información con estas características, particularmente cuando las disposiciones del Convenio se aplicarán a impuestos que se devenguen o sean exigibles a partir de una determinada fecha.

10.4. Los Estados contratantes que deseen mejorar la rapidez y agilidad de los intercambios de información efectuados en virtud del presente artículo acordando plazos para la comunicación de la información podrán hacerlo añadiendo al artículo un apartado del tenor siguiente:

> 6. Las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden acordar plazos para la comunicación de la información en virtud del presente artículo. En su defecto, la información se comunicará con la mayor celeridad posible y, salvo cuando el retraso esté motivado por impedimentos legales, en los siguientes plazos:
>
> *a*) Cuando la administración tributaria del Estado contratante requerido ya disponga de la información solicitada, esta deberá facilitarse a la autoridad competente del otro Estado contratante en un plazo de dos meses contados desde la recepción del requerimiento de información;
>
> *b*) en el supuesto de que la administración tributaria del Estado contratante requerido no disponga aún de la información solicitada, dicha información deberá comunicarse a la autoridad competente del otro Estado contratante en el plazo de seis meses contados desde la recepción del requerimiento de información.
>
> Siempre que se cumplan las restantes condiciones previstas en este artículo, se considerará que la información se ha intercambiado conforme a las disposiciones del presente artículo, aun cuando se comunique una vez extinguidos los referidos plazos.

10.5. Las disposiciones de los apartados *a*) y *b*) del párrafo opcional 6, reproducido en el párrafo 10.4, establecen los plazos aplicables por defecto en el caso de que las autoridades competentes no hayan adoptado un acuerdo que prevea plazos distintos. Los plazos aplicables por defecto serán de dos meses contados desde la recepción del requerimiento de información si la información solicitada ya obra en poder de la administración tributaria del Estado contratante requerido, y de seis meses en los casos restantes. No obstante los plazos aplicables por defecto o los plazos específicamente acordados, las autoridades competentes pueden llegar a diferentes acuerdos atendiendo a cada caso en particular, por ejemplo, cuando las autoridades de ambos Estados coinciden en que se necesita más tiempo. Así puede ocurrir cuando el requerimiento sea complejo. En tal caso, la autoridad competente del Estado contratante requirente no deberá denegar injustificadamente la petición de más tiempo

solicitado por la autoridad competente del Estado contratante requerido. Si el Estado contratante requerido no está en condiciones de facilitar la información solicitada en el plazo prescrito por impedimentos legales (por ejemplo, debido a un proceso en curso iniciado por un contribuyente para impugnar la validez del requerimiento de información, o bien concerniente a un procedimiento interno de notificación del tipo descrito en el párrafo 14.1), no se considerará que está infringiendo los plazos establecidos.

10.6. La última frase del párrafo opcional 6, reproducido en el párrafo 10.4, a saber: "siempre que se cumplan las restantes condiciones previstas en este artículo, se considerará que la información se ha intercambiado conforme a las disposiciones del presente artículo, aun cuando se comunique una vez extinguidos los referidos plazos", aclara que no será posible fundamentar una objeción al uso o la admisibilidad de la información intercambiada conforme a lo dispuesto en el presente artículo en el hecho de que la información se haya intercambiado una vez transcurridos los plazos acordados por las autoridades competentes o los plazos aplicables por defecto previstos en ese párrafo.

Apartado 2

11. La asistencia mutua entre las Administraciones tributarias solo es viable si cada una de ellas recibe garantías de que la otra tratará la información recibida durante su cooperación con la confidencialidad debida. Las normas sobre confidencialidad del apartado 2 son aplicables a todo tipo de información recibida de acuerdo con el apartado 1, incluyendo tanto la información proporcionada en el requerimiento como la transmitida en respuesta al requerimiento. Por consiguiente, las normas sobre confidencialidad abarcan, por ejemplo, la correspondencia entre autoridades competentes, incluida la carta de requerimiento de la información. Al mismo tiempo, se entiende que el Estado requerido puede divulgar el mínimo de la información contenida en una carta de la autoridad competente (aunque no la carta propiamente dicha) necesario para permitir al Estado requerido obtener o comunicar la información solicitada al Estado requirente, sin frustrar los esfuerzos del Estado requirente. No obstante, si con motivo de procedimientos judiciales, o demás procedimientos asimilables en virtud de la legislación interna del Estado requerido, resulta necesario revelar íntegramente el contenido de la carta propiamente dicha, la autoridad competente del Estado requerido podrá divulgar dicha carta, salvo que el Estado requirente especifique otra cosa. El mantenimiento del secreto en el Estado contratante que recibe la información es un tema propio de la legislación interna. Por tanto, el apartado 2 prevé que la información comunicada conforme a las disposiciones del Convenio se mantendrá en secreto en el Estado que la recibe, al igual que la información obtenida conforme a la legislación interna de este Estado. Las sanciones aplicables en caso de violación del secreto en ese Estado serán las previstas por el Derecho administrativo y penal de dicho Estado. En las situaciones en que el Estado requerido determine que el Estado requirente incumple sus obligaciones en materia de confidencialidad de la información intercambiada en virtud del presente artículo, el Estado requerido podrá dejar de prestar su asistencia con arreglo a lo dispuesto en este artículo hasta recibir del Estado requirente garantía suficiente de que dará el debido cumplimiento a las referidas obligaciones. Si fuera necesario, las autoridades competentes podrán celebrar acuerdos o memorandos de entendimiento específicos relativos a la confidencialidad de la información intercambiada en virtud del presente artículo.

12. Con sujeción a los párrafos 12.3 y 12.4, la información obtenida no puede desvelarse más que a las personas y autoridades encargadas de la liquidación o recaudación de los im-

puestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos referentes a los impuestos en relación con los que puede intercambiarse información conforme a la primera frase del apartado 1, o de la supervisión de las funciones anteriores. Esto significa que la información puede desvelarse también al contribuyente, su representante o a los testigos y significa también que la información puede comunicarse a las autoridades judiciales o administrativas encargadas de tomar la decisión de si esa información debe comunicarse al contribuyente, su representante o a los testigos. Tales personas o autoridades únicamente pueden utilizar la información recibida por un Estado contratante a los efectos previstos en el apartado 2. Además, la información amparada por el apartado 1, ya sea específica de un contribuyente o no, no deberá desvelarse a personas o autoridades no mencionadas en el apartado 2, con independencia de que existan leyes que obliguen a la divulgación de información, como la legislación sobre el derecho a la información u otra legislación que permita un amplio acceso a los documentos públicos.

12.1. La información también puede comunicarse a los órganos de control. Estos incluyen a las autoridades que supervisan a la administración tributaria, y a las autoridades encargadas de exigir el cumplimiento de la Ley en tanto que partes integrantes de la Administración general de un Estado contratante. Sin embargo, en sus negociaciones bilaterales los Estados miembros pueden desviarse de este principio y acordar la no comunicación de esa información a tales órganos de control.

12.2. La información recibida por un Estado contratante no puede desvelarse a un tercer país salvo que exista una disposición expresa en el convenio bilateral entre los Estados contratantes que así lo autorice.

12.3. La información intercambiada con fines tributarios puede resultar de interés para el Estado receptor para otros fines distintos de los mencionados en la primera y segunda frase del apartado 2 del artículo 26. La última frase del apartado 2 de dicho artículo permite por tanto a los Estados contratantes compartir la información recibida con fines tributarios, siempre que se cumplan dos condiciones: primera, la información deberá poder utilizarse para otros fines con arreglo a las legislaciones de ambos Estados y, segunda, la autoridad competente del Estado emisor deberá autorizar tal uso. Dicha frase permite compartir la información tributaria que se comunica a las autoridades fiscales del Estado perceptor con otros organismos encargados de hacer cumplir la Ley y otras autoridades judiciales en dicho Estado en ciertos asuntos de alta prioridad (por ejemplo, para combatir el blanqueo de capitales, la corrupción o la financiación de actividades terroristas). Cuando el Estado receptor desee utilizar la información para otros fines (es decir, para fines distintos de los tributarios), éste deberá especificar al Estado emisor ese otro fin para el que desea utilizar la información y confirmar que su legislación interna permite la utilización de la información para dichos otros fines. Si el Estado emisor está en condiciones de hacerlo, habida cuenta de los acuerdos internacionales u otros instrumentos suscritos entre los Estados contratantes relativos a la asistencia mutua y entre otros organismos y autoridades judiciales encargados de hacer cumplir la ley, cabe esperar, por lo general, que la autoridad competente del Estado emisor autorice ese uso para otros fines si la información puede utilizarse para fines análogos en ese Estado emisor. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las autoridades judiciales que reciban la información en virtud de la última frase del apartado 2 deberán tratarla como confidencial conforme a los principios enunciados en dicho apartado 2.

12.4. Se admite la posibilidad de que los Estados contratantes deseen alcanzar el objetivo principal implícito en la segunda frase del apartado 2 por otros medios, pudiendo sustituir a tal fin la última frase del apartado 2 por el texto siguiente:

> La autoridad competente del Estado contratante receptor de la información podrá igualmente, en virtud de las disposiciones del presente artículo y con el consentimiento por escrito del Estado contratante emisor de la información, poner a disposición esa información para otros fines autorizados por las disposiciones de un convenio de asistencia judicial mutua en vigor suscrito por ambos Estados contratantes, que permita el intercambio de información tributaria.

13. Como se ha expuesto en el párrafo 12, la información obtenida puede comunicarse a las personas y autoridades mencionadas, y, sobre la base de la tercera frase del apartado 2 del artículo puede darse a conocer en las audiencias judiciales públicas o en las resoluciones en que aparezca el nombre del contribuyente. Una vez que la información se utiliza en el curso de las audiencias judiciales públicas o en las resoluciones judiciales, y que por tanto se hace pública, es evidente que a partir de este momento tal información puede citarse tomándola de los sumarios o sentencias judiciales para servir a fines distintos e incluso como elementos de prueba. Pero esto no implica que las personas y autoridades mencionadas en el apartado 2 estén autorizadas a suministrar, previa petición, otra información adicional que hayan recibido. Si uno o ambos de los Estados contratantes se oponen a que la información se haga pública por vía judicial, o que tales datos, cuando se hayan hecho públicos, sean utilizados para otros fines, por no permitirlo el procedimiento normal seguido por su legislación interna, deberán indicarlo expresamente en su convenio.

Apartado 3

14. Este apartado contiene ciertas limitaciones a la regla principal en favor del Estado requerido. En primer término, el apartado precisa que un Estado contratante, cuando comunique información al otro Estado contratante, no estará obligado a sobrepasar los límites impuestos por su propia legislación y práctica administrativa. Sin embargo, las disposiciones internas referentes al deber de secreto fiscal no deben interpretarse como obstáculo al intercambio de información previsto en el artículo. Las autoridades del Estado que solicita la información, como se ha dicho, deben considerar confidenciales la información recibida en virtud del presente artículo.

14.1. La legislación de algunos países prevé procedimientos de notificación a la persona que suministró la información o al contribuyente que esté siendo objeto de una inspección con carácter previo a la comunicación de la información. Tales procedimientos de notificación pueden constituir un aspecto importante de los derechos garantizados por la legislación interna. Pueden ayudar a evitar errores (por ejemplo, en casos de identidad errónea) y a facilitar el intercambio (al permitir a los contribuyentes notificados colaborar voluntariamente con las autoridades tributarias en el Estado requirente). Ahora bien, los procedimientos de notificación no deberán aplicarse de tal forma que, en las circunstancias concretas del requerimiento, frustren los esfuerzos del Estado que lo formula. Dicho de otro modo, no deberán impedir o retrasar indebidamente el intercambio efectivo de información. Así, los procedimientos de notificación deberán admitir excepciones a las notificaciones previas, por ejemplo, en los casos en que el requerimiento de información sea de naturaleza muy urgente o la notificación pueda mermar las posibilidades de éxito de la investigación llevada a cabo por el

Estado requirente. Un Estado contratante que, de acuerdo con su legislación interna, deba notificar a la persona que comunicó la información o al contribuyente que se ha propuesto un determinado intercambio de información, deberá informar a sus socios de convenio, por escrito, de esta condición y de cuáles son las consecuencias por lo que respecta a sus obligaciones en relación con la asistencia mutua. Esta información deberá ofrecerse al otro Estado contratante cuando se celebre un convenio y, en lo sucesivo, siempre que las normas aplicables se modifiquen.

15. Además, el Estado requerido no tiene por qué adoptar medidas administrativas que no estén autorizadas por la legislación o práctica del Estado requirente ni está obligado a comunicar información que no pueda obtenerse de acuerdo con la legislación o en el marco de la práctica administrativa normal del Estado requirente. De ello se deduce que un Estado contratante no puede aprovecharse del sistema de información del otro Estado contratante si este sistema es más amplio que el suyo propio. Así, un Estado puede negarse a proporcionar información cuando el Estado requirente estuviera imposibilitado por Ley para obtener o proporcionar esa información, o cuando la práctica administrativa del Estado que formula el requerimiento (por ejemplo, la incapacidad para dedicar suficientes recursos administrativos) se traduzca en una falta de reciprocidad. No obstante, debe reconocerse que la aplicación demasiado rigurosa del principio de reciprocidad puede comprometer el intercambio efectivo de información y por tanto la reciprocidad debe interpretarse de modo amplio y pragmático. Estados distintos tendrán necesariamente mecanismos distintos para obtener y comunicar información. Las variantes en las prácticas y los procedimientos no deberán argumentarse como una razón para denegar un requerimiento, salvo si el efecto de esas variantes es el de limitar de manera significativa la capacidad general del Estado requirente para obtener y comunicar la información en el caso de que él recibiera un requerimiento legítimo del Estado requerido. Conviene señalar que si un Estado contratante aplica, en virtud del apartado 5, medidas no previstas normalmente en su legislación o práctica internas, como son el acceso a información bancaria y su intercambio, ese Estado estará igualmente legitimado para requerir información análoga al otro Estado contratante, lo que se adecuaría plenamente al principio de reciprocidad que subyace a los subapartados *a*) y *b*) del apartado 3.

15.1. No es posible aplicar el principio de reciprocidad cuando el régimen jurídico o la práctica administrativa de solo uno de los Estados prevea un procedimiento específico. Por ejemplo, un país al que se requiera información no puede apuntar a la ausencia de un sistema generador de doctrina en el país que requiere la información para denegar la comunicación de información sobre una resolución administrativa que haya evacuado, argumentando la ausencia de reciprocidad. Naturalmente, cuando la información requerida no pueda obtenerse de acuerdo con la legislación o en el marco de la práctica administrativa normal del Estado requirente, el Estado requerido podrá negarse a atender dicho requerimiento.

15.2. La mayoría de países reconoce que, de acuerdo con su legislación interna, no puede obtener información de una persona en la medida en que esta pueda hacer valer el derecho a no autoinculparse. Por lo tanto, un Estado requerido puede denegar la comunicación de información si el Estado solicitante, en circunstancias similares, no hubiera podido obtenerla debido a sus propias normas sobre autoinculpación. Ahora bien, en la práctica el derecho a no autoinculparse debería tener muy poca o ninguna aplicación en relación a la mayoría de requerimientos de información. El derecho a no autoinculparse es personal, y no puede ser invocado por una persona que no corra un riesgo de incriminación. La inmensa mayoría de

requerimientos de información tiene por objeto obtener información sobre terceros tales como bancos, intermediarios o contrapartes contractuales y no de la persona física que está siendo investigada. Además, el derecho a no autoinculparse por lo general no es predicable de personas distintas de las personas físicas.

16. Se considerará que la información es accesible en el marco de la práctica administrativa normal cuando obre en posesión de las autoridades tributarias o pueda conseguirse por aplicación del procedimiento normal de determinación de la obligación tributaria, lo que puede incluir investigaciones especiales o un examen pormenorizado de la contabilidad empresarial o profesional del contribuyente o de terceras personas, siempre que las autoridades tributarias hubieran procedido a tales investigaciones o a un examen similar para sus propios fines. Naturalmente, el párrafo da por sentado que las autoridades tributarias tienen las facultades y recursos necesarios para facilitar un intercambio efectivo de información. Supongamos, por ejemplo, que un Estado contratante solicita información relacionada con una investigación sobre los asuntos fiscales de un determinado contribuyente y especifica en el requerimiento que la información puede hallarse en poder de uno de los pocos proveedores de servicios identificados en el requerimiento y establecidos en el otro Estado contratante. En este caso, cabría esperar que el Estado requerido esté en condiciones de obtener y facilitar esa información en la medida en que se halle, efectivamente, en manos de uno de los proveedores de servicios identificados en el requerimiento. En respuesta a un requerimiento, el Estado requerido deberá guiarse por el objeto principal del artículo 26, esto es, el de permitir el intercambio de información "en la medida más amplia posible", y puede tener en cuenta la importancia de la información solicitada para el Estado requirente frente a la carga administrativa que ha de soportar el Estado requerido.

16.1. Los subapartados *a*) y *b*) del apartado 3 no permiten al Estado requerido denegar un requerimiento en los casos en que resulten aplicables los apartados 4 o 5. El apartado 5 se aplicará, por ejemplo, en situaciones en las que la incapacidad del Estado requerido para obtener la información estuviera motivada específicamente por la convicción de que la información requerida se encontraba en poder de un banco u otra institución financiera. Así, la aplicación del apartado 5 abarca situaciones en las que la potestad que tienen las autoridades tributarias para obtener información en poder de bancos u otras instituciones financieras está supeditada a exigencias distintas de aquellas generalmente aplicables en relación con la información que poseen personas que no sean bancos u otras instituciones financieras. Este caso puede darse, por ejemplo, cuando las autoridades tributarias pueden ejercer únicamente sus facultades para obtener información que obre en poder de bancos y otras instituciones financieras en los casos en que dispongan de información concreta sobre el contribuyente que esté siendo objeto de una inspección o investigación. Esto ocurre también cuando, por ejemplo, el ejercicio de tales facultades para obtener información en poder de bancos u otras instituciones financieras exige una mayor probabilidad de que la información solicitada obre en poder de la persona que se cree que efectivamente la tiene, en comparación con el grado de probabilidad exigido para recurrir a las facultades de obtención de información que se cree obra en poder de personas distintas a los bancos u otras instituciones financieras.

17. En los casos comprendidos en los párrafos anteriores, el Estado requerido es libre de rehusar la comunicación de información. Sin embargo, si procede a la comunicación, se mantiene en el marco del acuerdo sobre intercambio de información previsto por el Convenio; por lo que no podrá argumentarse que este Estado ha incumplido la obligación de guardar secreto.

18. Si la estructura de los sistemas de información de los dos Estados contratantes es muy diferente, las condiciones fijadas en los subapartados *a)* y *b)* del apartado 3 darán lugar a que los Estados contratantes intercambien muy poca información y quizá ninguna. En tal caso los Estados contratantes pueden considerar apropiado ampliar el ámbito de aplicación del intercambio de información.

18.1. Salvo que los Estados contratantes lo acuerden de otro modo, se presumirá que la información requerida podría obtenerla el Estado solicitante en una situación similar, en ausencia de indicación en contrario de ese Estado.

19. Además de las limitaciones mencionadas anteriormente, el subapartado *c)* del apartado 3 contiene una reserva referente a la revelación de determinada información de carácter confidencial. No obstante, no debe darse un sentido demasiado amplio al concepto de confidencialidad mencionado en este apartado. Antes de invocar tal disposición, un Estado contratante deberá ponderar si los intereses del contribuyente justifican realmente su aplicación. Por lo demás, es evidente que una interpretación demasiado amplia de tal cláusula puede hacer que el intercambio de información previsto en el Convenio sea ineficaz en muchos casos. Las observaciones hechas en el párrafo 17 anterior son igualmente válidas en este caso. El Estado requerido dispone de una cierta discrecionalidad para rehusar la comunicación de información, en su papel de protector de los intereses de sus contribuyentes, pero si las proporciona deliberadamente, el contribuyente no puede invocar una infracción de las normas que regulan el secreto.

19.1. En sus deliberaciones acerca de la aplicación de las normas que regulan el secreto, el Estado contratante deberá tener en cuenta también los preceptos sobre confidencialidad del apartado 2. La normativa y la práctica interna del Estado requirente, unida a las obligaciones impuestas por el apartado 2, pueden garantizar que la información no pueda utilizarse para fines no autorizados como los que las reglas del secreto comercial u otras tratan de proteger. Por tanto, un Estado contratante puede decidir comunicar la información cuando entienda que no hay base suficiente para presumir que un contribuyente involucrado puede sufrir consecuencias adversas, incompatibles con el intercambio de información.

19.2. En la mayoría de los intercambios de información no surgirá ninguna cuestión con implicaciones de secreto comercial, profesional o de otra índole. Se debe entender que el secreto comercial o profesional debe involucrar hechos y circunstancias de una importancia económica considerable, que pueden ser explotados de forma práctica y cuyo uso no autorizado puede conllevar un serio perjuicio (por ejemplo, podría traer consigo graves dificultades financieras). No podrá considerarse que el cálculo, la liquidación o la recaudación de impuestos, como tales, traerán como resultado un perjuicio grave. La información financiera, incluida la contabilidad y los registros, no constituyen un secreto comercial, profesional o de otra índole por su naturaleza, si bien, en ciertos casos tasados, la divulgación de información financiera sí podrá revelar un secreto comercial, empresarial o de otra índole. Por ejemplo, la solicitud de información acerca de ciertos datos de compras puede conllevar semejante problema si desvelar esta información supone revelar la fórmula exclusiva para la manufactura de un producto. La protección de este tipo de información puede extenderse también a la información en poder de terceros. Por ejemplo, un banco podría poseer un elemento patentable que guarda por seguridad o bien una fórmula o proceso comercial podrían estar descritos en una solicitud de préstamo o en un contrato en poder de un banco. En tales circunstancias

los detalles del secreto comercial, profesional u otro deberán extraerse de los documentos y la información financiera restante intercambiarse como corresponde.

19.3. Un Estado requerido puede negarse a desvelar información relativa a las comunicaciones confidenciales entre abogados, procuradores u otros representantes legales autorizados para el ejercicio, en su calidad de tales, y sus clientes en la medida en que estas comunicaciones estén protegidas de toda divulgación en virtud de su legislación interna. No obstante, el rango de protección concedido a estas comunicaciones confidenciales debiera definirse de forma estricta. Esta protección no puede alcanzar a documentos o registros entregados a un abogado, procurador u otro representante legal autorizado en un intento de proteger esos documentos o registros de su divulgación legalmente exigida. Asimismo, la información acerca de la identidad de una persona, como puede ser un miembro del consejo de administración o un beneficiario efectivo de una sociedad no queda por lo general protegida como "comunicación confidencial". Si bien el alcance de la protección concedida a las comunicaciones confidenciales puede diferir entre Estados, no deberá ser excesivamente amplio, hasta el punto de que obstaculice el intercambio efectivo de información. Las comunicaciones entre abogados, procuradores u otros representantes legales autorizados y sus clientes solo serán confidenciales en la medida que tales representantes actúen en su condición de abogados, procuradores o representantes legales autorizados, y no en otra, como puede ser de accionistas nominales, fiduciarios, fideicomitentes, administradores de una sociedad o como apoderados de una sociedad en su actividad económica. La alegación de que una información concreta está protegida como comunicación confidencial entre un abogado, procurador o representante legal autorizado y su cliente deberá admitirse exclusivamente con arreglo a la normativa del Estado en que se fundamente. Por tanto, no se contempla que los tribunales del Estado al que se dirige el requerimiento de información resuelvan sobre alegaciones basadas en las leyes del Estado requirente.

19.4. Los Estados contratantes que deseen hacer referencia expresa a la protección dada a las comunicaciones confidenciales entre un cliente y su abogado, procurador u otro representante legal autorizado podrán hacerlo añadiendo el siguiente texto al final del apartado 3:

> *d)* obtener o suministrar información que pueda desvelar comunicaciones confidenciales entre un cliente y un abogado, un procurador u otro representante legal autorizado, siempre que tales comunicaciones se efectúen:
>
> (i) con el propósito de buscar u obtener asesoramiento legal, o
>
> (ii) con el propósito de ser utilizadas en procesos legales en curso o previstos.

19.5. El apartado 3 también incluye una limitación en lo concerniente a información relativa a intereses vitales del Estado. Con este fin se establece que los Estados contratantes no están obligados a comunicar información cuya revelación sea contraria al orden público. Ahora bien, esta limitación solo sería pertinente en casos extremos. Por ejemplo, un caso de este tipo podría darse si una investigación tributaria en el Estado solicitante tuviera motivaciones de persecución política, racial o religiosa. La limitación podría invocarse también cuando la información constituye un secreto de Estado, por ejemplo, información sensible en poder de los servicios secretos, cuya revelación fuera contraria a los intereses vitales del Estado requerido. Por tanto, raramente surgen cuestiones de orden público en el marco del intercambio de información entre socios de convenios.

Apartado 4

19.6. El apartado 4 se añadió en 2005 para tratar expresamente la obligación de intercambiar información en aquellas situaciones en las que el Estado requerido no necesita la información solicitada para los fines fiscales nacionales. Antes de la introducción del apartado 4, esta obligación no se trataba expresamente en el artículo, si bien las prácticas seguidas por los Estados miembros evidenciaban claramente que, al recoger la información solicitada por su socio de convenio, los Estados contratantes solían recurrir a las facultades especiales de investigación y comprobación que les confería su legislación interna para la exacción de sus propios impuestos, aun cuando no necesitaran esta información para este fin. Este principio también está establecido en el informe "Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales".[5]

19.7. Según el apartado 4, los Estados contratantes deben usar las medidas para recabar información de que dispongan, aunque las empleen solamente para suministrar información al otro Estado contratante y con independencia de si la información puede o no seguir recopilándose o utilizándose a los fines previstos en la legislación fiscal del Estado contratante requerido. Así, por ejemplo, ninguna restricción que afecte a la capacidad de un Estado contratante requerido para obtener información de una determinada persona para los fines previstos en su propia legislación fiscal en el momento en que se efectúa el requerimiento (por ejemplo, debido a la expiración del plazo de prescripción previsto por la legislación interna del Estado requerido, o por la previa finalización de una inspección) deberá limitar su capacidad de utilizar las facultades que posee para recabar la información objeto del intercambio. La expresión "medidas para recabar información" designa toda norma o procedimiento administrativo o jurisdiccional que permiten a un Estado contratante obtener y suministrar la información solicitada. El apartado 4 no obliga al Estado contratante requerido a facilitar información en aquellos casos en que dicho Estado haya intentado obtener la información requerida y descubra, sin embargo, que la información ya no se encuentra disponible por haber expirado el plazo de conservación de documentos previsto por su normativa interna. No obstante, si la información solicitada se encuentra aún disponible aun habiendo expirado el referido plazo de conservación de documentos, el Estado requerido no puede rehusar intercambiar la información disponible. Los Estados contratantes deberán asegurarse de que se conserven registros contables fidedignos durante cinco o más años.

19.8. La segunda frase del apartado 4 deja claro que la obligación contenida en el apartado 4 está sujeta a las limitaciones del apartado 3, pero también establece que esas limitaciones no pueden interpretarse para servir de base a una denegación de suministrar información en caso de que las leyes o la práctica de un Estado incluyan el requisito del interés fiscal nacional. Así pues, si bien un Estado requerido no puede invocar el apartado 3 y argumentar que, de acuerdo con sus leyes o su práctica interna solo suministra información en la que tenga un interés para sus propios fines tributarios, puede, por ejemplo, denegar el intercambio de información en la medida en que la comunicación de esa información suponga revelar un secreto comercial.

19.9. Para muchos países la combinación del párrafo 4 y de su legislación interna constituye una base suficiente para hacer uso de las medidas para recabar información de que disponga para conseguir la información requerida incluso en ausencia de un interés tributario nacional

[5] OECD, París, 2000 (véase el párrafo 21 *b*).

en la información. Por contra, otros países quizá prefieran aclarar expresamente en el convenio que los Estados contratantes deben garantizar que sus autoridades competentes tienen la potestad necesaria para hacerlo. Los Estados que deseen aclarar este punto pueden sustituir el apartado 4 por el siguiente texto:

> 4. Con el fin efectuar el intercambio de información según lo dispuesto en el apartado 1, cada Estado contratante adoptará las medidas necesarias, incluyendo las legislativas, normativas o reglamentarias, para garantizar que su autoridad competente tiene la potestad suficiente de acuerdo con su legislación interna para conseguir la información objeto de intercambio, independientemente de si ese Estado contratante puede necesitar o no esa información para sus propios fines tributarios.

Apartado 5

19.10. El apartado 1 impone a los Estados contratantes la obligación explícita de intercambiar todo tipo de información. La finalidad del apartado 5 es impedir que las limitaciones del apartado 3 se utilicen de modo que impidan el intercambio de información en poder de bancos, otras instituciones financieras, agentes designados, mandatarios y fiduciarios, así como información acerca de la titularidad. Aunque el apartado 5, añadido en 2005, constituye un cambio en la estructura del artículo, no debe interpretarse como que sugiere que la versión anterior del artículo no permitía el intercambio de este tipo de información. La inmensa mayoría de los Estados miembros de la OCDE ya intercambiaban esta información en aplicación de la versión anterior del artículo 26 y la inclusión del apartado 5 simplemente refleja lo que es práctica habitual.

19.11. El apartado 5 establece que un Estado contratante no puede negarse a suministrar información a un socio de un convenio por el mero hecho de que esa información esté en posesión de un banco u otra institución financiera. Así pues, el apartado 5 deroga al apartado 3 en la medida en que, en otro caso, este apartado permitiría a un Estado contratante requerido negarse a comunicar la información por motivos relacionados con el secreto bancario. La introducción de este apartado en el artículo refleja la tendencia internacional en este área, como se evidencia en el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información en Materia Tributaria, y según se describe en el informe "Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales"[6]. De conformidad con ese informe, el acceso a la información en poder de los bancos u otras instituciones financieras puede ser directo o indirecto, a través de un procedimiento judicial o administrativo. El procedimiento de acceso indirecto no debe ser tan costoso y laborioso como para que acabe siendo un impedimento para acceder a la información bancaria.

19.12. El apartado 5 también establece que un Estado contratante no puede negarse a suministrar información solo porque esa información esté en posesión de personas que actúen en calidad representativa o fiduciaria. Por ejemplo, si un Estado contratante tuviera una Ley según la cual toda información en poder de un fiduciario se considera sujeta al "secreto profesional", por el mero hecho de estar en poder del fiduciario, ese Estado no podrá acogerse a dicha Ley para justificar su negativa a comunicar información al otro Estado contratante. Con carácter general, se considera, que una persona actúa en calidad fiduciaria cuando efectúe transacciones o gestione fondos o bienes no en su propio nombre o en su propio beneficio, sino en beneficio de otra persona con la que el fiduciario mantiene una relación que implica y precisa de confian-

[6] OECD, París 2000.

za y responsabilidad por un lado y buena fe por el otro lado, dada su condición. La expresión "en calidad representativa" es muy amplia e incluye todas las formas de prestación de servicios de representación a personas jurídicas (por ejemplo, agentes encargados de la constitución de sociedades, sociedades fiduciarias, agentes habilitados o colegiados, abogados).

19.13. Finalmente, el apartado 5 señala que un Estado contratante no podrá denegar la comunicación de información por el mero hecho de que se refiera al derecho de participación en los beneficios de una persona, incluyendo sociedades de capital y sociedades de personas, fundaciones o estructuras organizativas similares. Los requerimientos de información no pueden desatenderse por el mero hecho de que la legislación o práctica internas consideren la información relativa a la participación en la titularidad como un secreto comercial u otro secreto.

19.14. El apartado 5 no impide a un Estado contratante invocar el apartado 3 para negarse a proporcionar información en poder de un banco, una institución financiera, una persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o información relativa a la participación en el capital de una persona. No obstante, esa denegación debe basarse en razones diferentes a la condición de banco, institución financiera, representante, fiduciario o agente designado o mandatario de la persona, o al hecho de que la información se refiera a la participación en el capital de una persona. Por ejemplo, un representante legal que intervenga por su cliente puede hacerlo en calidad de agente, aunque por lo que respecta a toda información amparada en la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados, procuradores, u otros representantes legales autorizados y sus clientes el apartado 3 sigue ofreciendo una posible base para denegar la comunicación de información.

19.15. Los ejemplos siguientes ilustran la aplicación del apartado 5:

a) La Sociedad X es titular de la mayoría del capital de una filial, la sociedad Y, y ambas sociedades se constituyeron conforme a la legislación del Estado A. El Estado B lleva a cabo una inspección tributaria de las actividades de la Sociedad Y en el Estado B. En el curso de esa inspección surge el interrogante de quien tiene la participación directa e indirecta en Y, y el Estado B requiere información al Estado A sobre las personas que forman la cadena de propiedad de la sociedad Y. En su respuesta, el Estado A deberá suministrar al Estado B información sobre la titularidad tanto de la sociedad X como de la sociedad Y.

b) Una persona física sujeta a imposición en el Estado A posee una cuenta corriente en el banco B, situado en el Estado B. El Estado A comprueba la declaración del Impuesto sobre la Renta de esta persona física y remite al Estado B un requerimiento de información sobre todas las cuentas y activos bancarios en poder del banco B, para determinar si existían depósitos de renta obtenida y no gravada. El Estado B deberá proporcionar la información bancaria al Estado A.

Observaciones a los Comentarios

20. [Suprimido.]

21. En relación con el párrafo 15.1, *Grecia* desea puntualizar que, de acuerdo con el artículo 28 de su Constitución, los convenios fiscales internacionales se aplican en condiciones de reciprocidad.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 27
RELATIVO A LA ASISTENCIA EN LA RECAUDACIÓN DE IMPUESTOS

1. Este artículo establece las reglas conforme a las cuales los Estados contratantes[1] pueden acordar prestarse asistencia mutua en la recaudación de impuestos. En algunos Estados, la legislación o la política nacionales pueden impedir esta forma de asistencia o limitarla. En otros casos, la asistencia en la recaudación de impuestos de otro Estado puede no justificarse o verse limitada por consideraciones administrativas. Durante las negociaciones, cada Estado contratante deberá pues decidir si y en qué medida debe prestarse la asistencia al otro Estado en función de diversos factores, entre los que se incluyen:

— la posición adoptada en la legislación interna respecto a la prestación de asistencia en la recaudación de impuestos de otros Estados;

— la medida en que los sistemas fiscales, las administraciones tributarias y las normas jurídicas de los dos Estados son análogas, en particular en lo que se refiere a los derechos fundamentales de los contribuyentes (por ejemplo la notificación, en los plazos y la forma establecidos, de los créditos imputados al contribuyente, el derecho a la confidencialidad de la información relativa al contribuyente, el derecho a recurrir, el derecho a ser oído o a presentar argumentos y elementos probatorios, el derecho a la asistencia letrada de elección del contribuyente, el derecho a un proceso justo, etc.);

— si la asistencia en la recaudación de impuestos comporta ventajas equivalentes y recíprocas para ambos Estados;

— si la administración tributaria de cada Estado puede prestar en la práctica esta clase de asistencia;

— si los intercambios comerciales y los flujos de inversión entre los Estados son suficientes para justificar esta clase de asistencia;

— si, por razones de orden constitucional u otras, deben limitarse los impuestos a los que se aplica este artículo.

Este artículo deberá incluirse en el Convenio únicamente si cada Estado concluye que, teniendo en cuenta estos factores, ambos pueden acordar la prestación de asistencia en la recaudación de los impuestos exigidos por el otro Estado.

2. Este artículo establece una asistencia general en materia de recaudación de impuestos. Algunos Estados tal vez prefieran prever una asistencia en la recaudación más limitada. Puede que esta sea la única forma de asistencia en la recaudación que normalmente puedan proporcionar o que puedan acordar en un convenio concreto. Por ejemplo, un Estado tal vez desee limitar la asistencia a los casos en los que personas que no tienen derecho a los beneficios del Convenio se han acogido a ellos (por ejemplo, una reducción en el impuesto que grava rentas tales como los intereses procedentes de ese Estado). Los Estados que deseen prestar esa asistencia limitada en la recaudación son libres de adoptar bilateralmente un artículo alternativo redactado en los siguientes términos:

[1] A lo largo de estos Comentarios al artículo 27 se denomina "Estado requirente" al Estado que solicita asistencia y "Estado requerido" al Estado de quien se solicita esa asistencia.

Artículo 27

Asistencia en la recaudación de impuestos

1. Los Estados contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de impuestos en la medida que esta asistencia sea necesaria para garantizar que las exenciones de impuestos o las reducciones de tipos impositivos previstas en este Convenio no se conceden a personas que no tienen derecho a ellas. Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán determinar el modo de aplicación de este artículo de común acuerdo.

2. Las disposiciones de este artículo no podrán interpretarse en ningún caso en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o su práctica administrativa o las del otro Estado contratante;

b) adoptar medidas contrarias al orden público.

Apartado 1

3. Este apartado formula el principio por el cual un Estado contratante está obligado a prestar asistencia a otro Estado en la recaudación de los impuestos que se le deben, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo. Los apartados 3 y 4 prevén las dos formas que puede adoptar dicha asistencia.

4. El apartado establece asimismo que, conforme a este artículo, la asistencia no está limitada por los artículos 1 y 2. Por consiguiente, se ha de prestar asistencia en relación con un crédito tributario adeudado a un Estado contratante por cualquier persona, sea o no residente de un Estado contratante. No obstante, algunos Estados contratantes tal vez deseen limitar esta asistencia a los impuestos debidos por los residentes de uno u otro Estado contratante. Tales Estados son libres de restringir el ámbito del artículo omitiendo la referencia al artículo 1 en este apartado.

5. El artículo 26 se aplica a los intercambios de información a los efectos de las disposiciones de este artículo. Se asegura así la confidencialidad de la información intercambiada en el ámbito de la asistencia mutua en la recaudación de impuestos.

6. Por último, el apartado precisa que las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden determinar de común acuerdo los detalles de la aplicación práctica de las disposiciones del artículo.

7. Este acuerdo debe, en particular, tratar de la documentación que ha de acompañar una solicitud basada en los apartados 3 o 4. La práctica habitual es acordar que la solicitud de asistencia vaya acompañada de la documentación exigida por la ley del Estado requerido o la que hayan acordado las autoridades competentes de los Estados contratantes y que sea necesaria para la recaudación del crédito tributario o para la adopción de medidas cautelares, según corresponda. Esta documentación puede comprender, por ejemplo, una declaración en el sentido de que el crédito tributario es exigible y adeudado por una persona que no puede, conforme a la legislación del Estado requirente, impedir su recaudación, o una copia oficial del instrumento de ejecución en el Estado requirente. Debe aportarse también una traducción jurada de la documentación a la lengua del Estado requerido. Podría convenirse también, cuando sea conveniente, y conforme a las disposiciones vigentes en el Estado requerido, que

el instrumento de ejecución del Estado requirente se acepte, autorice, complemente, o bien se sustituya tan pronto como sea posible después de recibirse la solicitud de asistencia por un instrumento que posibilite su ejecución en el Estado requerido.

8. El acuerdo debe tratar también la cuestión de los costes en que incurrirá el Estado requerido para satisfacer una solicitud efectuada conforme a los apartados 3 o 4. En general, los costes de recaudación de un crédito tributario corren por cuenta del deudor, pero es preciso determinar qué Estado soportará los costes que no pueden repercutirse a esta persona. A este respecto, la práctica habitual consiste en prever que, en ausencia de un acuerdo específico sobre un determinado caso, los gastos ordinarios incurridos por un Estado cuando presta asistencia al otro no serán reembolsados por este último. Los gastos ordinarios son los directa y normalmente vinculados a la recaudación, es decir aquellos que son de esperar en el caso de un procedimiento normal de recaudación en el ámbito nacional. No obstante, en el caso de gastos extraordinarios, la práctica consiste en prever que los soportará el Estado requirente a menos que exista un acuerdo bilateral en contrario. Estos gastos son, por ejemplo, los incurridos cuando se haya recurrido a un procedimiento concreto a instancia del otro Estado, o los gastos extra de expertos, de intérpretes o de traductores. La mayoría de los Estados considera asimismo gastos extraordinarios los del procedimiento judicial y concursal. El acuerdo deberá incluir una definición de gastos extraordinarios: asimismo, los Estados contratantes deberán consultarse en los casos en que sea probable que se produzcan gastos extraordinarios. También deberá acordarse que, en cuanto un Estado prevea gastos extraordinarios, informe de ellos y de su cuantía estimada al otro Estado contratante para que este último pueda decidir si se va a incurrir en ellos. Los Estados contratantes tienen asimismo la posibilidad de convenir que los gastos se repartan de forma distinta a la aquí descrita. Esto puede ser necesario, por ejemplo, cuando la solicitud de asistencia se suspende o retira conforme al apartado 7 o cuando la cuestión de los gastos incurridos en la prestación de asistencia a la recaudación ya haya sido objeto de otro instrumento jurídico aplicable a estos Estados.

9. En el acuerdo, las autoridades competentes pueden asimismo tratar otras cuestiones de orden práctico como las que siguen:

— ¿Es necesario prever un plazo máximo para la solicitud de asistencia respecto a un determinado crédito tributario?

— ¿Cuál debe ser el tipo de cambio aplicable cuando el crédito tributario se recauda en una moneda diferente a la del Estado requirente?

— ¿Cómo deben entregarse al Estado requirente las cantidades recaudadas conforme a una solicitud formulada al amparo del apartado 3?

Apartado 2

10. El apartado 2 define el término "crédito tributario" a los efectos del artículo. La definición se aplica a todo importe debido en relación con los impuestos exigidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, pero solo en la medida en que dicha imposición no sea contraria al Convenio o a otro instrumento en vigor entre los Estados contratantes. Se aplica también a los intereses, sanciones administrativas y costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe. Por

tanto, la asistencia no está limitada a los impuestos a los que el Convenio se aplica en general en virtud del artículo 2, como confirma el apartado 1.

11. Algunos Estados contratantes pueden preferir limitar la aplicación del artículo a los impuestos regulados por las normas generales del artículo 2. Los Estados que así lo deseen deben sustituir los apartados 1 y 2 por los siguientes:

> 1. Los Estados contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios. Esta asistencia no vendrá limitada por el artículo 1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán determinar el modo de aplicación de este artículo de común acuerdo.
>
> 2. El término "crédito tributario" en el sentido de este artículo significa un importe debido en relación con los impuestos comprendidos en el Convenio junto con los intereses, las sanciones administrativas y costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe.

12. De forma análoga, algunos Estados contratantes pueden desear limitar los tipos de impuestos a los que se aplicarán las disposiciones del artículo o clarificar el ámbito de aplicación de estas disposiciones, incluyendo en la definición un listado pormenorizado de impuestos. Los Estados que así lo deseen pueden adoptar bilateralmente la siguiente definición:

> El término "crédito tributario" en el sentido de este artículo significa un importe debido en relación con los siguientes impuestos exigidos por los Estados contratantes, en la medida en que esta imposición no sea contraria a este Convenio o a cualquier otro instrumento del que los Estados contratantes sean parte, y comprende asimismo los intereses, las sanciones administrativas y los costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe:
>
> *a)* (en el Estado A): .....
>
> *b)* (en el Estado B): .....

13. Para garantizar que las autoridades competentes puedan comunicarse libremente la información a los efectos del artículo, los Estados contratantes deben asegurarse de que el artículo 26 se redacte de forma que permita el intercambio de información respecto de cualquier impuesto al que se aplique este artículo.

14. Nada de lo dispuesto en el Convenio impide la aplicación de las disposiciones del artículo a los créditos tributarios que se han producido antes de la entrada en vigor del Convenio, siempre que se prevea la asistencia en relación con dichos créditos una vez que el convenio haya entrado en vigor y las disposiciones del artículo sean aplicables. Sin embargo, los Estados contratantes posiblemente consideren que es útil precisar la medida en que las disposiciones del artículo son aplicables a esos créditos tributarios, en particular cuando las disposiciones relativas a la entrada en vigor de su convenio prevean que las disposiciones del convenio tendrán efecto respecto de los impuestos devengados o exigidos a partir de una determinada fecha. Los Estados que deseen limitar la aplicación del artículo a los créditos tributarios que se han producido después de la entrada en vigor del Convenio tienen libertad para hacerlo en el marco de sus negociaciones bilaterales.

Apartado 3

15. Este apartado precisa las condiciones en las que puede hacerse una solicitud de asistencia en materia de recaudación. El crédito tributario debe ser exigible en virtud de la legislación del Estado requirente y adeudado por una persona que en ese momento no puede,

conforme a la legislación de ese Estado, impedir su recaudación. Esto ocurre cuando el Estado requirente tiene derecho, en virtud de su legislación interna, a recaudar el crédito tributario y al deudor no le asiste el derecho a impedir la recaudación ni por vía judicial ni administrativa.

16. En numerosos Estados un crédito tributario se puede recaudar incluso si aún existe el derecho a recurrir la validez o la cuantía del crédito ante un órgano jurisdiccional o administrativo. No obstante, si la legislación interna del Estado requerido no permite recaudar sus propios créditos tributarios mientras haya recursos pendientes, el apartado le impide igualmente recaudar los créditos tributarios del otro Estado respecto de los que el derecho a recurso siga vivo incluso si ello no impide la recaudación en ese otro Estado. De hecho, la frase "dicho otro Estado recaudará el crédito tributario de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos como si se tratara de un crédito tributario propio" tiene como consecuencia que la restricción existente en la legislación interna del Estado requerido será aplicable a la recaudación del crédito tributario del otro Estado. No obstante, habrá muchos Estados que deseen permitir la asistencia en materia de recaudación cuando el crédito se pueda recaudar en el Estado requirente a pesar de la existencia del derecho a recurso, incluso si la propia legislación del Estado requerido impide la recaudación en ese caso. Los Estados que así lo deseen pueden modificar el apartado 3 de forma que quede redactado como sigue:

> Cuando un crédito tributario de un Estado contratante sea exigible en virtud de la legislación de ese Estado y el deudor sea una persona que, conforme a la legislación de ese Estado no pueda impedir en ese momento su recaudación, a petición de las autoridades competentes de ese Estado, las autoridades competentes del otro Estado contratante aceptarán dicho crédito tributario a los fines de su recaudación. Dicho otro Estado recaudará el crédito tributario de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos como si se tratara de un crédito tributario propio que cumpliera los requisitos que le permitirían plantear una petición en virtud de este apartado.

17. El apartado 3 regula también la forma en que el Estado requerido debe recaudar el crédito tributario del Estado requirente. Excepto en lo que respecta a los plazos de prescripción y las prelaciones (véanse los Comentarios al párrafo 5), el Estado requerido está obligado a recaudar el crédito tributario del Estado requirente como si se tratara de un crédito propio, incluso si en ese momento no tiene que emprender acciones destinadas a la recaudación a sus propios fines en relación con ese contribuyente. Como ya se ha indicado, el efecto de la locución "de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos" es el de limitar la asistencia en la recaudación a los créditos tributarios respecto de los que se ha extinguido el derecho a recurrirlos si la legislación interna del Estado requerido no permite la recaudación de sus propios créditos tributarios siempre que subsista ese derecho.

18. Es posible que la petición se refiera a un impuesto que no existe en el Estado requerido. El Estado requirente indicará, cuando sea pertinente, la naturaleza del crédito tributario, los elementos que lo componen, la fecha de caducidad de la acción de cobro y aquellos activos contra los que se podría recuperar el crédito. El Estado requerido seguirá entonces el procedimiento aplicable a un crédito relativo a un impuesto propio análogo al del Estado requirente, u otro procedimiento adecuado en caso de que no exista un impuesto similar.

Apartado 4

19. Con el fin de salvaguardar el derecho de un Estado contratante a recaudar el impuesto, este apartado lo habilita para solicitar al otro Estado la adopción de medidas cautelares incluso

si no puede aún solicitar asistencia para la recaudación, por ejemplo cuando el crédito no es aún exigible o cuando al deudor aún le asiste el derecho a impedir la recaudación. Este apartado solo debe incluirse en los Convenios entre Estados cuya legislación les permite adoptar medidas cautelares. Además, los Estados que no consideren apropiado adoptar medidas cautelares en relación con impuestos debidos a otro Estado pueden decidir no incluir el apartado en sus convenios, o limitar su ámbito de aplicación. En algunos Estados las medidas cautelares se denominan "medidas provisionales" y los Estados pueden, si así lo desean, utilizar estos términos para aclarar el ámbito de aplicación con arreglo a su propia terminología.

20. Un ejemplo de las medidas a las que se aplica el apartado es la incautación o el embargo de activos antes de la resolución definitiva para garantizar que se podrá aún disponer de ellos cuando posteriormente se proceda a la recaudación. Las condiciones requeridas para adoptar las medidas cautelares pueden variar de un Estado a otro, pero en todos los casos la cuantía del crédito deberá determinarse previamente incluso si solo es provisional o parcialmente. No puede formularse una petición de adopción de medidas cautelares referentes a un determinado crédito tributario a menos que el Estado requirente tenga él mismo la posibilidad de adoptar dichas medidas en relación con ese crédito (véanse los Comentarios al apartado 8).

21. Al formular una petición de medidas cautelares, el Estado requirente deberá indicar en cada caso en qué etapa se encuentra el proceso de liquidación o de recaudación. Posteriormente, el Estado requerido deberá examinar si, en dicho caso, su legislación y su práctica administrativa le permiten adoptar estas medidas.

Apartado 5

22. El apartado 5 establece en primer lugar que los plazos de prescripción del Estado requerido, es decir, el plazo más allá del que no puede exigirse o recaudarse un crédito tributario, no deben aplicarse a un crédito tributario respecto al que el otro Estado ha planteado un requerimiento en virtud de los apartados 3 o 4. Dado que el apartado 3 se refiere a los créditos tributarios exigibles en el Estado requirente y el 4 a los créditos tributarios respecto de los que el Estado requirente puede adoptar medidas cautelares, se sigue que los únicos plazos de prescripción aplicables son los del Estado requirente.

23. En consecuencia, siempre que un crédito tributario pueda aún exigirse o recaudarse (apartado 3) o pueda ser objeto de medidas cautelares (apartado 4) en el Estado requirente, no puede plantearse objeción alguna basada en los plazos de prescripción previstos en la legislación del Estado requerido a la aplicación del apartado 3 o del 4 a dicho crédito. Los Estados que no puedan aceptar no tener en cuenta los plazos de prescripción previstos en su legislación interna deben modificar el apartado 5 en consecuencia.

24. Los Estados contratantes pueden convenir que, transcurrido cierto plazo, la obligación de prestar asistencia en la recaudación del crédito tributario se extingue. Este plazo empezaría a computarse desde la fecha del instrumento original de ejecución. En ciertos Estados la legislación requiere una renovación del instrumento de ejecución, en cuyo caso el primer instrumento es el que cuenta a efectos del cálculo del período transcurrido el cual termina la obligación de prestar asistencia.

25. El apartado 5 establece que las reglas de ambos Estados, del requerido (primera frase) y del requirente (segunda) que otorgan prelación a sus propios créditos tributarios frente a las

de los demás acreedores no son de aplicación a un crédito tributario respecto al que se haya hecho una petición conforme al apartado 3 o al 4. Tales reglas están a menudo incluidas en la legislación interna para garantizar que las autoridades fiscales puedan recaudar impuestos en la mayor medida posible.

26. La norma, según la cual las reglas de prelación del Estado requerido no se aplican a un crédito tributario del otro Estado respecto al cual se ha formulado una solicitud de asistencia, tiene vigencia incluso si el Estado requerido debe tratar este crédito como si fuera propio en virtud del apartado 3 o del 4. Los Estados que deseen establecer que los créditos tributarios del otro Estado tengan la misma prioridad que los suyos son libres de modificar el apartado eliminando en la primera frase "o prelación".

27. La expresión "por razón de su naturaleza" al final de la primera frase, indica que los plazos de prescripción y las reglas de prelación del Estado requerido a los que se aplica este apartado son solo aquellas específicas de los impuestos impagados. Por lo tanto, el apartado no impide la aplicación de las reglas generales relativas a los plazos de prescripción o a la prelación de las deudas en general (por ejemplo, reglas que otorgan prelación a un crédito tributario por haberse generado o registrado con anterioridad a otro).

Apartado 6

28. Este apartado garantiza que ni los órganos jurisdiccionales ni los administrativos del Estado requerido plantearán objeción jurídica o administrativa alguna sobre la existencia, validez o cuantía del crédito tributario del Estado requirente. Por consiguiente, no se iniciará ningún procedimiento jurisdiccional o administrativo, como puede ser una solicitud de revisión judicial a este respecto en el Estado requerido. El propósito principal de esta disposición es evitar que se solicite a los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado requerido la adopción de decisiones sobre si un cierto importe se debe total o parcialmente en virtud de la legislación interna del otro Estado. Los Estados a los que este apartado pueda causar problemas constitucionales o jurídicos lo podrán modificar u omitir en el marco de sus negociaciones bilaterales.

Apartado 7

29. Este apartado prevé que si, después de haber planteado una solicitud conforme al apartado 3 o al 4, las condiciones vigentes en el momento de la solicitud dejan de existir (por ejemplo, porque el crédito tributario deje de ser exigible en el Estado requirente), este último Estado debe notificar con prontitud el cambio de situación al otro Estado. Después de haber recibido esta notificación, el Estado requerido tiene la posibilidad de pedir al Estado requirente la suspensión o la retirada de la solicitud. Si la solicitud queda en suspenso, lo seguirá estando hasta que el Estado requirente informe al otro de que se cumplen las condiciones requeridas para formular de nuevo una solicitud relativa al crédito tributario o que la retira.

Apartado 8

30. Este apartado establece ciertos límites a las obligaciones impuestas al Estado que recibe una solicitud de asistencia.

31. El Estado requerido es libre de negar su asistencia en los casos mencionados en el apartado. No obstante, si decidiera prestarla, esa decisión quedaría en el ámbito del artículo y no podrá objetársele que ha incumplido sus disposiciones.

32. En primer lugar, el apartado aclara que un Estado no está obligado a ir más allá de su propia legislación interna y de su práctica administrativa o de las del otro Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo. Por consiguiente, si el Estado requirente no tiene capacidad a nivel nacional para adoptar medidas cautelares, el Estado requerido puede negarse a adoptarlas por cuenta del Estado requirente. De forma similar, si en el Estado requerido no se autoriza el embargo de activos para garantizar la recaudación de un crédito tributario, este Estado no está obligado a proceder al citado embargo cuando preste su asistencia en la recaudación según lo dispuesto en este artículo. Sin embargo, sí se recurrirá a aquellos tipos de medidas administrativas autorizadas para la recaudación de los impuestos en el Estado requerido, incluso si se las invoca únicamente para prestar asistencia en la recaudación de impuestos adeudados al Estado requirente.

33. El apartado 5 del artículo establece que los plazos de prescripción de un Estado contratante no se aplicarán a un crédito tributario respecto al cual el otro Estado ha pedido asistencia. El subapartado *a)* no tiene por objeto obstar a este principio. La prestación de asistencia relativa a un crédito tributario transcurridos los plazos de prescripción en el Estado requerido no se considerará contraria a la legislación ni a la práctica administrativa de ninguno de los Estados contratantes cuando no hayan vencido los plazos de prescripción aplicables al citado crédito en el Estado requirente.

34. El subapartado *b)* contiene una limitación a la adopción de medidas contrarias al orden público. Así, conforme al artículo 26 (véase el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 26), se ha considerado necesario establecer un límite relativo a la asistencia cuando esta puede afectar los intereses vitales del propio Estado.

35. En virtud del subapartado *c)*, un Estado contratante no está obligado a satisfacer la solicitud del otro Estado si este último no ha aplicado todas las medidas razonables para la recaudación o las medidas cautelares, según sea el caso, de las que disponga en virtud de su legislación o de su práctica administrativa.

36. Finalmente, conforme al subapartado *d)*, el Estado requerido puede también rechazar la solicitud por consideraciones prácticas, por ejemplo, cuando los costes en que vaya a incurrir al recaudar un crédito tributario del Estado requirente excedan de la cuantía de dicho crédito.

37. Tal vez algunos Estados deseen añadir a este apartado una nueva limitación que ya existe en el Convenio conjunto de la OCDE y del Consejo de Europa de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal que permitirá a un Estado no prestar asistencia si considera que la imposición respecto de la que se solicita asistencia es contraria a los principios tributarios generalmente admitidos.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 28
RELATIVO A LOS MIEMBROS DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y DE OFICINAS CONSULARES

1. Esta disposición tiene por finalidad garantizar a los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares la aplicación, al amparo de las disposiciones contenidas en los convenios de doble imposición, de un trato al menos tan favorable como aquel al que tienen derecho en virtud del derecho internacional o de los acuerdos internacionales específicos.

2. La aplicación simultánea de las disposiciones de un convenio de doble imposición y de los privilegios diplomáticos y consulares conferidos en virtud de las reglas generales del derecho internacional o de acuerdos internacionales específicos puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a la exención en los dos Estados contratantes de la imposición a la que de otro modo hubieran estado sujetos. A título de ejemplo, puede darse el caso de un agente diplomático acreditado por el Estado A ante el Estado B, que obtenga cánones, o dividendos, de fuentes situadas en el Estado A; de acuerdo con el derecho internacional no estará sujeto al impuesto del Estado B respecto de esas rentas al tiempo que, como residente del Estado B, puede, asimismo, tener derecho a una exención o reducción del impuesto sobre la renta del Estado A en función de las disposiciones de un convenio bilateral firmado entre los dos Estados. Con el fin de evitar desgravaciones impositivas no deseadas, los Estados contratantes podrán adoptar bilateralmente una disposición adicional que puede redactarse en los siguientes términos:

> En la medida en que, por razón de los privilegios fiscales reconocidos a los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares al amparo de las normas generales del derecho internacional o de las disposiciones de acuerdos internacionales específicos, la renta o el patrimonio no se someta a imposición en el Estado receptor, el derecho de imposición queda reservado al Estado acreditante.

3. En muchos países miembros de la OCDE la legislación interna contiene disposiciones al efecto de que los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares se consideren residentes fiscales del Estado acreditante durante su estancia en el extranjero. En las relaciones bilaterales entre países miembros que apliquen internamente disposiciones de este género puede darse un paso más incluyendo en el Convenio normas específicas que establezcan que el Estado acreditante se considera como Estado de residencia de los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares de los Estados contratantes, a los efectos del Convenio. La disposición especial que se propone podría redactarse como sigue:

> No obstante las disposiciones del artículo 4, una persona física que sea miembro de una misión diplomática o de una oficina consular de un Estado contratante, situada en el otro Estado contratante o en un tercer Estado, será considerado residente del Estado acreditante, a efectos del convenio, si:
>
> *a)* conforme al derecho internacional, no está sujeta a la imposición del Estado receptor respecto de las rentas procedentes de fuentes externas a ese Estado o del patrimonio situado fuera de ese Estado; y
>
> *b)* está sujeta en el Estado acreditante a las mismas obligaciones relativas a los impuestos sobre la totalidad de la renta o del patrimonio que los residentes de ese Estado.

4. En virtud del apartado 1 del artículo 4, los miembros de las misiones diplomáticas u oficinas consulares de un tercer Estado acreditados ante un Estado contratante, no tendrán la consideración de residentes del Estado receptor si solo están sujetos a una imposición limi-

tada en ese Estado (véase el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 4). Esta consideración es igualmente válida en el caso de las organizaciones internacionales establecidas en un Estado contratante y de sus funcionarios, ya que generalmente disfrutan de ciertos privilegios fiscales en virtud del convenio o del tratado constitutivo de la organización, o de un tratado entre la organización y el Estado donde está establecida. Los Estados contratantes, que quieran regular expresamente esta cuestión o evitar desgravaciones tributarias no deseables, pueden incorporar la siguiente disposición a este artículo:

> El Convenio no es aplicable a las organizaciones internacionales, a sus órganos o funcionarios ni a los miembros de una misión diplomática u oficina consular de un tercer Estado que, estando presentes en un Estado contratante, no tengan la consideración de residentes de ninguno de los Estados contratantes a efectos de los impuestos sobre la renta o sobre el patrimonio.

Esto significa que las organizaciones internacionales, sus órganos o sus funcionarios sujetos a imposición en un Estado contratante únicamente en razón de las rentas procedentes de fuentes situadas en ese Estado no tendrán derecho a los beneficios del Convenio.

5. Aunque los agentes consulares honorarios no pueden ampararse en las disposiciones de este artículo para disfrutar de privilegios a los que no tengan derecho en virtud de las normas generales del derecho internacional (no existe en general exención tributaria más que para los pagos que los cónsules honorarios reciben para atender a los gastos que realicen por cuenta del Estado acreditante), los Estados contratantes tienen libertad para excluir expresamente de la aplicación de este artículo, por acuerdo bilateral, a los funcionarios consulares honorarios.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 29
RELATIVO AL DERECHO A LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO

I. Consideraciones preliminares

1. Como explicaba la nota de pie de página correspondiente al artículo 29, este artículo refleja la intención de los Estados contratantes, enunciada en el preámbulo del Convenio, de eliminar la doble imposición sin que ello genere oportunidades de no imposición o imposición reducida mediante evasión o elusión fiscales, incluidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros (*treaty shopping*). Esta intención, y la redacción del artículo, se ajustan al estándar mínimo acordado como parte del Proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS), descrito en el párrafo 22 del informe "Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales", Acción 6 - Informe final 2015. Como señala el Informe, la redacción del artículo variará en función de cómo decidan los Estados contratantes aplicar ese estándar mínimo. Dependiendo de sus propias circunstancias, los Estados pueden adoptar únicamente la norma general anti-abuso del apartado 9 del artículo, pueden preferir optar por la versión detallada de los apartados 1 a 7 como se describe a continuación, complementándola con un mecanismo para contrarrestar ciertas estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales no tratadas en otras disposiciones del Convenio, o pueden preferir incluir en sus convenios la norma general anti-abuso del apartado 9 junto con alguna de las variaciones de los apartados 1 a 7 que se describen más adelante.

2. Los Estados pueden preferir el último de los planteamientos antes mencionados, pues combina la flexibilidad de una norma general capaz de impedir un amplio número de operaciones abusivas con la certeza de una norma más "automática" que impide operaciones conocidas por suscitar problemas de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios y que puede describirse de forma sencilla refiriéndose a ciertos factores (como la titularidad extranjera de una entidad). Este último planteamiento se refleja en la "versión simplificada" de los apartados 1 a 7 que se reproducen más adelante, que debe aplicarse únicamente junto con la norma general anti-abuso del apartado 9. Esta combinación no debe interpretarse en modo alguno como una restricción al alcance de la norma general anti-abuso del apartado 9: no se entenderá que una operación o un instrumento escapan al alcance de la aplicación del apartado 9 por la simple razón de que no le sean aplicables las normas específicas anti-abuso de los apartados 1 a 7, que abarcan únicamente algunos supuestos de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios que se identifican fácilmente por algunas de sus características.

3. No obstante, un Estado puede preferir abordar las referidas estrategias de elusión sin la norma general anti-abuso del apartado 9, confiando por el contrario en las normas específicas anti-abuso de los apartados 1 a 7 en combinación con un mecanismo dirigido a contrarrestar aquellas estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales que puedan escapar del alcance de dichos apartados. Éste podría ser el caso de un Estado cuya legislación interna disponga de sólidas normas anti-abuso que por sí solas sean suficientes para abordar otras formas de abuso de convenios. Los Estados que adopten este enfoque deben asegurarse de que la versión de los apartados 1 a 7 que integren en sus convenios bilaterales sea suficientemente robusta para prevenir la mayor parte de las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios. Por esta razón, los párrafos siguientes ofrecen distintas versiones de los apartados 1 a 7. La versión más completa recibe el nombre de "ver-

sión detallada". Los Estados que no deseen integrar en sus convenios el apartado 9 por las razones ya aducidas en este párrafo deberán adoptar la versión detallada en lugar de la "simplificada", a reserva de adaptarla como se explica en los Comentarios que siguen.

4. Este artículo contiene disposiciones que impiden diversas estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios a través de las que personas que no residen en ninguno de los Estados contratantes establecen una entidad residente en uno de ellos con la intención de reducir o eliminar la imposición en el otro Estado contratante a través de los beneficios que confiere el convenio tributario firmado entre ambos Estados. Permitir el acceso a los beneficios de los convenios (como la reducción o la eliminación de la retención en la fuente sobre dividendos, intereses o cánones) a personas que no tienen derecho a acceder directamente a ellos, pero que los buscan indirectamente mediante estrategias de abuso, frustraría la naturaleza recíproca y bilateral de los convenios tributarios. Si, por ejemplo, un Estado sabe que sus residentes pueden acceder de manera indirecta a los beneficios de los convenios suscritos por otro Estado, tendrá escaso interés en conceder beneficios recíprocos a los residentes de ese otro Estado firmando un convenio con él. Además, en ese caso, esos beneficios alcanzados indirectamente pueden ser inapropiados atendiendo a la naturaleza del sistema tributario del primer Estado; si, por ejemplo, dicho Estado no grava ciertos tipos de rentas, no sería apropiado que sus residentes se beneficien de las disposiciones de un convenio tributario concluido entre otros dos Estados que concedan una reducción o supresión del gravamen en fuente para esa categoría de rentas, pues dichas normas fueron redactadas partiendo de la hipótesis de que ambos Estados contratantes gravarían tal renta.

5. Las disposiciones de los apartados 1 a 7 buscan denegar los beneficios de los convenios a estructuras que normalmente entrañan la concesión indirecta de tales beneficios a personas que no tienen derecho a acceder directamente a ellos, reconociendo al mismo tiempo que, en algunos casos, personas que no residen en ninguno de los dos Estados contratantes, pueden establecer una entidad en uno de ellos por razones comerciales legítimas. Aunque estas disposiciones resultan aplicables con independencia de que una determinada estructura se adopte o no con propósito de abusar del convenio, el artículo confiere a la autoridad competente del Estado contratante la potestad de conceder los beneficios del convenio, aun cuando la aplicación del resto de disposiciones conlleve su denegación, en los casos en que determine que dicha estructura no tenía entre sus principales propósitos la obtención de los beneficios previstos en el Convenio.

6. El artículo limita el alcance general de las restantes disposiciones del Convenio, incluyendo las del artículo 1, conforme a las que el Convenio es aplicable a las personas residentes de uno de los Estados contratantes. El apartado 1 del artículo establece que un residente de un Estado contratante no podrá acogerse a los beneficios del convenio a menos que reúna los requisitos para ser considerada "persona apta" de acuerdo con el apartado 2, o bien que los apartados 3, 4, 5 o 6 permitan concederle los beneficios. El apartado 2 establece quién constituye una "persona apta" refiriéndose a la naturaleza o características de diversas categorías de personas; toda persona que pueda subsumirse en alguna de estas categorías podrá acogerse a todos los beneficios del convenio. De acuerdo con el apartado 3, una persona tendrá derecho a los beneficios del convenio respecto de un elemento de renta, aun cuando no sea una "persona apta" de acuerdo con el apartado 2, siempre que dicho elemento de renta proceda total o incidentalmente del desempeño de una actividad económica por esa persona en el Estado en que reside (sin perjuicio de algunas excepciones). El apartado 4 es una disposi-

ción de "beneficios derivados" que posibilita que ciertas entidades cuyos titulares son residentes de terceros Estados puedan acceder a los beneficios del Convenio siempre y cuando dichos residentes, de haber realizado su inversión de manera directa, hubieran tenido derecho a beneficios equivalentes. El apartado 5 es una disposición sobre la "sede central", según la que una sociedad que, en virtud del apartado 2, no puede acogerse a los beneficios del Convenio, puede no obstante reunir los requisitos para acogerse a ellos en relación con ciertos elementos de renta. El apartado 6 incluye disposiciones que confieren a la autoridad competente de un Estado contratante la potestad de conceder los beneficios de los convenios en casos en los que la aplicación del resto de las disposiciones los denegaría. El apartado 7 recoge una serie de definiciones que resultan de aplicación a los efectos de este artículo.

Apartado 1: Disposición por la que se deniegan los beneficios del Convenio a los residentes de un Estado contratante que no sean "personas aptas"

Versiones simplificada y detallada

1. Salvo cuando este artículo disponga lo contrario, un residente de un Estado contratante no podrá acogerse a un beneficio previsto en este Convenio (salvo los recogidos en el apartado 3 del artículo 4, el apartado 2 del artículo 9 o el artículo 25) a menos que dicho residente sea una "persona apta" en el sentido del apartado 2 en el momento en que se hubiera concedido el beneficio.

Comentarios al apartado 1 de las versiones simplificada y detallada

7. El apartado 1 de las versiones simplificada y detallada prevé que un residente de un Estado contratante, en el sentido del artículo 4, tendrá derecho a los beneficios previstos por el Convenio para los residentes de un Estado contratante únicamente si constituye una "persona apta" en virtud del apartado 2 o si los beneficios se otorgan en virtud de los apartados 3, 4, 5 o 6. Los beneficios que, de otro modo, permitiría conceder el Convenio a los residentes de un Estado contratante incluyen todas las limitaciones a las potestades tributarias de los Estados contratantes estipuladas en los artículos 6 a 22, la eliminación de la doble imposición prevista en el artículo 23 y la protección que se brinda a los residentes de un Estado contratante mediante el artículo 24. No obstante, este artículo no restringe la posibilidad de obtener los beneficios del Convenio recogidos en el apartado 3 del artículo 4, el apartado 2 del artículo 9 o el artículo 25, así como aquellas otras escasas disposiciones del Convenio que no exigen que la persona sea residente de un Estado contratante para poder disfrutar de los beneficios de dichas disposiciones (por ejemplo las disposiciones del apartado 1 del artículo 24, en la medida en que son de aplicación a los nacionales que no residen en ninguno de los dos Estados contratantes). Si bien las disposiciones del apartado 3 del artículo 7 comparten los principales aspectos de las del apartado 2 del artículo 9, el apartado 1 del artículo 29 limita la posibilidad de acogerse a los beneficios del apartado 3 del artículo 7 en la medida en que la eliminación de la doble imposición en virtud del artículo 7 depende en gran medida de las disposiciones del apartado 2 de ese mismo artículo (véanse los párrafos 40 a 57 de los Comentarios al artículo 7) y no sería coherente que las condiciones para la eliminación de la doble imposición previstas en el párrafo 3 del artículo 7 fueran más generosas que las previstas en el apartado 2 de ese mismo artículo.

8. El apartado 1 no amplia en modo alguno el alcance de los beneficios otorgados por las disposiciones del Convenio. Así, un residente de un Estado contratante que sea una "persona apta" conforme al apartado 2, debe en todo caso satisfacer las condiciones previstas en la

disposición de turno del Convenio para poder acceder a los beneficios en ella previstos (por ejemplo, dicho residente debe ser el beneficiario efectivo de los dividendos para poder disfrutar del beneficio previsto en el apartado 2 del artículo 10). Además, tales beneficios pueden verse denegados o limitados como resultado de aplicar normas anti-abuso como las enunciadas en los apartados 8 y 9.

9. El apartado 1 resulta de aplicación siempre que el Convenio prevea conceder un beneficio a un residente de un Estado contratante. Por ejemplo, será aplicable cuando un residente de un Estado contratante obtenga una renta comprendida en el ámbito del artículo 6, o cuando se pague a un residente de un Estado contratante un dividendo comprendido en el artículo 10, o siempre que obtenga un beneficio al que sea aplicable el artículo 7. El apartado exige que dicho residente sea una "persona apta" en el sentido del apartado 2, en el momento que proceda, para que pueda tener derecho al beneficio otorgado por la disposición pertinente del Convenio. No obstante, en algunos casos, la definición de "persona apta" requiere que el residente del Estado contratante satisfaga ciertos requisitos durante un determinado periodo para poder tener la consideración de "persona apta" en un momento dado.

10. Dado que la definición de "beneficiario equiparable" que se use a los fines del apartado 4 de la versión detallada relativo a los beneficios derivados excluirá a las personas que, en virtud de otro convenio, tengan derecho a una desgravación en el Estado de la fuente no tan beneficiosa como la prevista en el Convenio, esta definición puede generar el denominado "efecto precipicio" por el que se denegarían todos los beneficios convencionales incluso si esa diferencia entre las desgravaciones previstas en ambos convenios tuviera escaso valor relativo. En ese caso, algunos Estados consideran que lo apropiado es que el Estado de la fuente conceda una desgravación similar a la que se hubiera obtenido en aplicación del otro convenio. Puede llegarse a este resultado mediante las disposiciones alternativas incluidas en el párrafo 147 más adelante, relativas a la imposición de los dividendos, los intereses y los cánones, y que atenúan ese "efecto precipicio" cuando un potencial beneficiario equiparable tenga derecho, en virtud de otro convenio, a beneficiarse de una imposición reducida en el Estado de la fuente menos favorable que la que le procuraría el Convenio. En lugar de denegar todos los beneficios convencionales en relación con dicha renta, estas disposiciones prevén la concesión de beneficios limitados que se corresponden, en términos generales, con los que se hubieran obtenido en virtud del otro convenio. A fin de garantizar que el apartado 1 no conduce a la denegación de los beneficios concedidos por estas disposiciones alternativas, lo que sería contrario al objeto de las mismas, estos Estados deben adoptar una versión distinta del apartado 1, redactada como sigue:

> Salvo disposición en contrario en este artículo y en [referencia a los apartados de los artículos 10, 11 y 12 que traten el denominado "efecto precipicio"], un residente de un Estado contratante no podrá acogerse a un beneficio previsto en este Convenio (salvo los recogidos en el apartado 3 del artículo 4, el apartado 2 del artículo 9 o el artículo 25) a menos que dicho residente sea una "persona apta" en el sentido del apartado 2 en el momento en que se hubiera concedido el beneficio.

Apartado 2: situaciones en las que un residente es una persona apta

Versiones simplificada y detallada

2. Un residente de un Estado contratante es una persona apta en el momento de conceder un beneficio en aplicación del Convenio si, en ese momento, el residente es:

Comentarios al preámbulo del apartado 2 de las versiones simplificada y detallada

11. Cada uno de los subapartados del apartado 2 de las versiones simplificada y detallada describe una categoría de residentes que tendrán la consideración de personas aptas en el momento en que se soliciten los beneficios del Convenio.

12. Se pretende con ello que las disposiciones del apartado 2 sean de aplicación directa. A diferencia del apartado 5 (versión simplificada)/6 (versión detallada), que se tratan más adelante, para poder aplicar los beneficios previstos en el apartado 2 no es preciso contar con una resolución o aprobación previa de la autoridad competente. Naturalmente, previa comprobación, las autoridades tributarias pueden decidir que el contribuyente ha interpretado incorrectamente el apartado y en consecuencia no tiene derecho a los beneficios que reclama.

Subapartado a): personas físicas

Versiones simplificada y detallada

a) una persona física;

Comentarios al subapartado a) del apartado 2 de las versiones simplificada y detallada

13. Los subapartados *a*) de ambas versiones, simplificada y detallada, establecen que cualquier persona física residente de un Estado contratante será una persona apta. Como se explica en el párrafo 61 más adelante, en virtud de ciertas disposiciones incluidas en algunos convenios, una institución de inversión colectiva debe ser tratada como una persona física a los efectos de aplicar el convenio pertinente; cuando este sea el caso, la institución de inversión colectiva tendrá la consideración de persona apta en virtud del subapartado *a*).

Subapartado b): Estados contratantes, subdivisiones políticas y sus organismos y agencias

Versiones simplificada y detallada

b) ese Estado contratante, o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, o un organismo o agencia de ese Estado, subdivisión política o entidad local;

Comentarios al subapartado b) del apartado 2 de las versiones simplificada y detallada

14. Los subapartados *b*) de ambas versiones, simplificada y detallada, establecen que los Estados contratantes y cualquiera de sus subdivisiones políticas o entidades locales constituyen personas aptas. Estos términos se aplican a cualquier parte de un Estado, como a un fondo aparte constituido por un Estado que no es una persona independiente ni lo posee una persona independiente. La última parte del subapartado establece que una persona jurídica independiente que resida en un Estado contratante y sea un organismo o agencia de un Estado contratante, de una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, tendrá también la consideración de persona apta y, en consecuencia, podrá acogerse a todos los beneficios del Convenio mientras mantenga dicho estatus. El concepto de "organismo o agencia" se refiere únicamente a las entidades constituidas por un Estado (o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales) para ejercer exclusivamente funciones de naturaleza pública; no se

aplica, por ejemplo, a una sociedad que intervenga en calidad de agente de un Estado con fines específicos pero que no haya sido constituida por el Estado para ejercer funciones de naturaleza pública. Es probable que la redacción del subapartado deba adaptarse a la distinta naturaleza jurídica que las entidades estatales, como los fondos soberanos, puedan tener en los Estados contratantes, así como al criterio de dichos Estados respecto de la aplicación del artículo 4 a esas entidades (véanse los párrafos 50 a 53 de los Comentarios al artículo 1 y los párrafos 8.5 y 8.11 de los Comentarios al artículo 4).

Subapartado c): entidades y sociedades cotizadas

Versión simplificada

c) una sociedad u otra entidad cuya clase principal de acciones se cotice regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos;

Versión detallada

c) una sociedad u otra entidad si, a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, su clase principal de acciones (y cualquier otra clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos y:

(i) su clase principal de acciones cotiza principalmente en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado contratante del que es residente la sociedad o entidad; o

(ii) la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad está situada en el Estado contratante del que es residente;

Comentarios al subapartado c) del apartado 2 de la versión simplificada

15. El subapartado c) reconoce que, dado que por norma general las acciones de las sociedades cotizadas y de ciertas entidades son propiedad de un gran número de accionistas, no es probable que este tipo de sociedades y entidades se constituyan como una estrategia de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros. Los términos "acciones", "clase principal de acciones" y "mercado de valores reconocido" se definen en el apartado 7; como se indica en la definición del término "acciones" ese término comprende las participaciones análogas en entidades, distintas de las sociedades de capital, a las que se aplica el subapartado; lo que incluye, por ejemplo, las unidades de un fideicomiso que se coticen en bolsa.

Comentarios al subapartado c) del apartado 2 de la versión detallada

16. El subapartado c) reconoce que, dado que por norma general las acciones de las sociedades cotizadas y de ciertas entidades son propiedad de un gran número de accionistas, no es probable que este tipo de sociedades y entidades se constituyan como una estrategia de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros.

17. El subapartado c) prevé que una sociedad o entidad residente de un Estado contratante será una persona apta en el momento en el que el Convenio conceda el beneficio si, a lo largo del periodo impositivo correspondiente que incluye el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, su clase principal de acciones, y cualquier clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios, cotiza regularmente en uno o

más mercados de valores reconocidos, siempre y cuando la sociedad o entidad también satisfaga al menos uno de los siguientes requisitos adicionales: primero, la categoría principal de acciones de la sociedad o entidad cotiza mayoritariamente en al menos uno de los mercados de valores reconocidos localizados en el Estado contratante de residencia de la sociedad o entidad, o, segundo, la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad se encuentra en su Estado de residencia. Estos requisitos adicionales tienen en cuenta que, aunque una sociedad o entidad cotizada pueda ser técnicamente residente de un Estado determinado, cabe la posibilidad de que no tenga una relación suficiente con dicho Estado que permita justificar el acceso por parte de dicha sociedad o entidad a los beneficios de los convenios suscritos por ese Estado. Se entenderá que la relación es suficiente cuando las acciones de la sociedad o entidad coticen mayoritariamente en mercados de valores reconocidos del Estado de residencia de la sociedad o entidad; no obstante, dado que la globalización de los mercados financieros implica que las acciones de una sociedad cotizan con frecuencia en mercados de valores de Estados diferentes al de su residencia, la condición alternativa establece que también se considerará que existe una relación suficiente cuando la sociedad o entidad tenga su sede principal de dirección y control en su Estado de residencia.

18. Sin embargo, una sociedad o entidad cuya clase principal de acciones cotiza regularmente en un mercado de valores reconocido no podrá acogerse a los beneficios del Convenio con arreglo al subapartado *c*) del apartado 2 en el caso de que disponga de una clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios que no cotice regularmente en un mercado de valores reconocido.

19. Los términos “mercado de valores reconocido”, “acciones”, “clase principal de acciones” y “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios” se definen en el apartado 7. Como dichas definiciones indican, el término “acciones” comprende las participaciones análogas en entidades, distintas de las sociedades de capital, a las que se aplica el subapartado; lo que incluye, por ejemplo, a las unidades de un fideicomiso que se coticen en bolsa.

20. El requisito de cotización habitual se cumple con la cotización de acciones emitidas en cualquier mercado de valores reconocido en cualquiera de los dos Estados. La cotización en uno o más mercados de valores reconocidos puede acumularse a los efectos de ver cumplido este requisito; así pues, una sociedad o entidad pueden satisfacer dicha condición si sus acciones cotizan con regularidad, en todo o en parte, en un mercado de valores reconocido situado en el otro Estado contratante.

21. La letra (i) establece un requisito adicional que consiste en que las acciones de una sociedad o entidad coticen principalmente en al menos uno de los mercados de valores reconocidos del Estado en que reside dicha sociedad o entidad. Con carácter general, se considerará que la clase principal de acciones “cotiza principalmente” en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado de residencia de la sociedad o entidad si, durante el ejercicio considerado, el número de acciones de la clase principal de acciones de la sociedad o entidad que cotizan en estos mercados excede del número de acciones de la clase principal de acciones de la sociedad o entidad que cotiza en mercados de valores de otros Estados. Sin embargo, algunos Estados entienden que el hecho de que las acciones de una sociedad o entidad residente en un Estado contratante coticen principalmente en mercados de valores reconocidos situados en otros Estados (por ejemplo, en un Estado miembro del Espacio Económico

Europeo cuya normativa configura un mercado único para el comercio de valores mobiliarios) es garantía suficiente de que dicha sociedad o entidad no esconde una estrategia de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros; aquellos Estados que compartan esta postura pueden modificar la letra (i) en este sentido.

22. La letra (ii) establece un requisito alternativo aplicable a aquellas sociedades o entidades cuya clase principal de acciones cotiza regularmente en un mercado de valores reconocido y sin embargo no lo hace principalmente en uno de los mercados de valores reconocidos situados en el Estado en que residen. Dichas sociedad o entidad podrían en todo caso acceder a los beneficios convencionales suponiendo que su "sede principal de dirección y control" (según la definición del apartado 7) se encuentre en su Estado de residencia.

23. Las condiciones del subapartado *c*) deben quedar satisfechas a lo largo del periodo impositivo de la sociedad o entidad. Esto no significa que las acciones de la sociedad o entidad deban cotizar en el mercado de valores de turno cada día de dicho periodo. Para que pueda entenderse que las acciones cotizan regularmente en uno o más mercados de valores a lo largo del periodo impositivo, será necesario que el porcentaje de acciones que coticen activamente durante un número de días suficientemente elevado dentro de dicho periodo no sea mínimo. Por ejemplo, este criterio se entendería cumplido si el 10 por ciento de las acciones en circulación de una determinada clase de acciones de una sociedad cotizan durante 60 días dentro del periodo impositivo de la sociedad. La expresión "periodo impositivo" presente en los subapartados *c*) y *f*) se refiere al periodo respecto del cual la sociedad o entidad deben presentar su declaración anual de impuestos en su Estado de residencia. Si los Estados contratantes utilizan en sus legislaciones internas un término diferente para referirse a dicho período, por ejemplo, "ejercicio fiscal" son libres de reemplazar las referencias al periodo impositivo por ese otro término.

Subapartado d) (versión detallada): filiales de entidades y sociedades cotizadas

Versión detallada únicamente

d) una sociedad, si:

(i) durante el periodo impositivo que comprende el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de cinco sociedades o entidades que puedan acogerse a los beneficios del Convenio en virtud del subapartado *c*) de este apartado, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente del Estado contratante desde el que se reclaman los beneficios del Convenio o sea un propietario interpuesto que puede acogerse a ellos; y

(ii) en lo que concierne a los beneficios de este Convenio distintos de los previstos en el artículo 10, menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles en ese periodo impositivo a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad económica por la presta-

ción de servicios o la entrega de bienes y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*);

Comentarios al subapartado d) del apartado 2 de la versión detallada

24. El subapartado *d*) retoma el principio que subyace al subapartado *c*) (a saber, que no es probable que las sociedades y entidades cotizadas se constituyan como una estrategia de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros) y lo extiende, con sujeción a ciertas condiciones, a algunas sociedades en las que un máximo de cinco sociedades y entidades cotizadas poseen una participación mayoritaria.

25. Para que una sociedad residente de un Estado contratante tenga derecho a todos los beneficios del Convenio en virtud del subapartado *d*) en una fecha dada, esa sociedad debe cumplir dos condiciones aplicables al periodo impositivo que incluye dicha fecha.

26. En primer lugar, conforme a la condición enunciada en la letra (i), la sociedad tiene que satisfacer un criterio de propiedad. Este criterio prevé que un máximo de cinco sociedades o entidades cotizadas descritas en el subapartado *c*) deben ser las propietarias directas o indirectas, durante todo el periodo impositivo, de al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad (y al menos el 50 por ciento de cualquier clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios). No obstante, si las sociedades o entidades cotizadas son propietarias indirectas, cada sociedad o entidad interpuesta debe ser residente del Estado contratante desde el que se reclaman los beneficios del Convenio o un "propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio". El término "propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio" se define en el apartado 7; conforme a esa definición, entre los propietarios interpuestos que pueden acogerse a los beneficios del Convenio están también los residentes del mismo Estado contratante que el de la sociedad que invoca los beneficios del Convenio en aplicación del subapartado *d*).

27. Así, por ejemplo, una sociedad residente de un Estado contratante satisface las condiciones impuestas en la letra (i) si está íntegramente participada por una sociedad residente del mismo Estado y que satisface los requisitos del subapartado *c*). Asimismo, si una sociedad matriz cotizada en el otro Estado contratante es la propietaria indirecta de la sociedad a través de una cadena de filiales, cada filial de esa cadena, como propietaria interpuesta, debe ser residente del Estado contratante desde el que se reclama la aplicación de los beneficios del Convenio, o una propietaria interpuesta que puede acogerse a los beneficios del Convenio, para que la sociedad satisfaga así el criterio de propiedad de la letra (i).

28. La expresión "50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones", que se utiliza en los subapartados *d*) y *f*) y en otras líneas de los párrafos 1 a 7, se refiere a la participación que representa al menos el 50 por ciento de todos los derechos de voto en la sociedad o entidad en cuestión y al menos el 50 por ciento del valor de todas las acciones en esa sociedad o entidad. Por tanto, una participación que satisfaga la condición referida al voto, pero no a la del valor (o al contrario) no cumplirá este criterio.

29. Conforme a la segunda condición, enunciada en la letra (ii), la sociedad debe superar también un criterio de no erosión de la base imponible respecto de los beneficios del Conve-

nio que quiera aplicarse (distintos de los relativos a los dividendos, derivados de la aplicación del artículo 10). Ese criterio de no erosión de la base imponible se satisface si:

— menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad (y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que comprende la fecha en la que se invocan los beneficios del Convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles en forma de pagos deducibles a efectos fiscales para calcular el impuesto de la sociedad en su Estado de residencia, y

— menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado (si hay grupo analizado) correspondiente al periodo impositivo que comprende la fecha en la que se invocan los beneficios del Convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales para calcular el impuesto de cualquier integrante del grupo analizado en el Estado de residencia de la sociedad que invoca los beneficios del Convenio.

30. El término "persona inelegible" utilizado en los párrafos precedentes se refiere a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes, con derecho a acogerse a los beneficios del Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2. Las entidades que sean residentes de los Estados contratantes y que tengan derecho a los beneficios de este Convenio en aplicación de este subapartado o del subapartado *f*) del apartado 2 son, por tanto, personas inelegibles; esto garantiza que estas entidades no se usen en instrumentos que permitirían a los inversores de terceros países acumular indirectamente una cuantía significativa de estos pagos que tienen por efecto erosionar la base imponible, efectuados por sociedades que aspiran a invocar los beneficios del Convenio en virtud de este subapartado. El apartado 7 incluye la definición de los términos "grupo analizado" y "renta bruta" que se utilizan en la letra (ii).

31. A los fines de la aplicación del criterio de no erosión de la base, los importes de plena competencia pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles no se incluyen entre los pagos deducibles. Las distribuciones de fondos fiduciarios se consideran pagos erosionadores en la medida en que sean deducibles de la base imponible. Las deducciones por amortización y depreciación, al no representar pagos a otra persona ni devengos, no se tendrán en cuenta a estos efectos. Además, en el caso de un grupo analizado, los pagos intragrupo no se consideran pagos deducibles. Finalmente, los pagos de intereses no son importes de plena competencia pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, por lo que se tendrán en cuenta si se efectúan a favor de una persona inelegible.

32. Los ejemplos que siguen ilustran la aplicación del criterio de no erosión de la base enunciado en la letra (ii) del subapartado *d*) por un Estado contratante (al que en los ejemplos se denomina "Estado mencionado en primer lugar"), teniendo en cuenta las definiciones de "grupo analizado" y "renta bruta" que figuran en el apartado 7:

— Ejemplo A: Supongamos que, durante todo el periodo considerado, se cumple lo siguiente: R3 es una sociedad íntegramente participada por otra sociedad R2, que a su vez está totalmente participada por R1, una sociedad cotizada que cumple los requi-

sitos del subapartado *c*). R3, R2 y R1 son residentes del otro Estado contratante en el sentido del artículo 4 y pertenecen al mismo grupo de consolidación fiscal. Se cumple el criterio de la propiedad de la letra (*i*) del subapartado *d*), dado que R1, sociedad que cumple los requisitos del subapartado *c*), posee indirectamente al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de R3 (y al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de toda clase de acciones de R3 que otorguen una participación desproporcionada en los beneficios), y R2, que es una propietaria interpuesta, es residente del otro Estado contratante y por tanto una propietaria interpuesta que puede acogerse a los beneficios del Convenio.

Durante el período impositivo que comprende la fecha en la que el Estado mencionado en primer lugar hubiera concedido los beneficios previstos en el Convenio, R3 obtiene: primero, 200 en concepto de dividendos pagados por una sociedad residente en un tercer Estado que están excluidos de la renta bruta de R3 en el otro Estado contratante; y, segundo, 100 de intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar, en relación con los que R3 quiere acogerse a los beneficios del artículo 11 del Convenio. R3 efectúa un pago erosionador de la base imponible por un importe de 49 a una persona inelegible y paga un dividendo de 51 a R2. R2 percibe el dividendo de 51 de R3 y otros pagos brutos adicionales por valor de 100 de personas externas al grupo analizado. R2 hace un pago erosionador de la base a una persona inelegible por valor de 51.

En este ejemplo, el grupo analizado, como se define en el apartado 7, está compuesto por R3, R2 y R1, ya que las tres sociedades participan de un régimen de consolidación fiscal. Para poder optar a los beneficios del Convenio en relación con los intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar, tanto R3 como el grupo analizado deben satisfacer individualmente el criterio de no erosión de la base de la letra (*ii*).

La renta bruta de R3, como se define en el apartado 7, es 100 (los intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar), dado que no se incluye el dividendo de 200 pagado a R3 por una sociedad de un tercer Estado. Por tanto, para el período impositivo en el que R3 quiere aplicar los beneficios del Convenio, los pagos efectuados a personas inelegibles que entrañan una erosión de la base imponible representan menos del 50 por ciento de la renta bruta de R3. Los pagos erosionadores de la base realizados por R3 son solo de 49 por lo que satisface la parte del criterio de no erosión que se le aplica.

La renta bruta del grupo analizado calculada conforme a la legislación fiscal del otro Estado contratante excluye los dividendos por un importe de 200 pagados a R3 por una sociedad de un tercer Estado así como las operaciones intragrupo (es decir, el dividendo de 51 pagado de R3 a R2). La renta bruta del grupo analizado es, por tanto, 200 (100 de intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar más los 100 que recibió R2 de personas externas al grupo analizado). Por tanto, durante el periodo impositivo en cuestión, el grupo analizado debe efectuar pagos a personas inelegibles, y por tanto erosionadores de la base, inferiores a 100 a fin de satisfacer el criterio de no erosión de la base de la letra (*ii*).

En este ejemplo, R3 no satisface los requisitos del subapartado *d*). Aunque los pagos efectuados a personas inelegibles, y por tanto erosionadores de la base son de 49 y no

exceden del límite permisible fijado en menos de 50, los pagos efectuados a personas inelegibles por el grupo y, por tanto, erosionadores de la base son de 100 (49 + 51), por lo que exceden del límite permisible fijado en menos de 100 para el grupo.

— Ejemplo B: supongamos que los hechos son los mismos que en el Ejemplo A, salvo en que R3 obtiene 100 en dividendos pagados por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar en vez de en concepto de intereses procedentes de ese Estado, y no obtiene otra renta bruta en ese período impositivo. Dado que el único beneficio derivado del Convenio que quiere aplicar R3 es en virtud del artículo 10, en relación con los dividendos, R3 no tiene que aplicar el criterio de no erosión de la base enunciado en la letra (*ii*). Por tanto, R3 es una persona apta respecto de los dividendos conforme al subapartado *d*) dado que satisface el requisito sobre la propiedad enunciado en la letra (*i*).

— Ejemplo C: supongamos que durante todo el período considerado, P2 (la sociedad en cuestión) es una sociedad íntegramente participada por P1, una sociedad cotizada que cumple los requisitos del subapartado *c*). P2 y P1 son residentes del otro Estado contratante.

  Durante el periodo impositivo en cuestión, los únicos elementos de renta de P2 son intereses, con un valor de 100, procedentes del Estado mencionado en primer lugar y para los que P2 quiere acogerse a los beneficios del artículo 11. P2 realiza un pago deducible de intereses de 100 a P1, persona que satisface los requisitos del subapartado *c*). P1 efectúa un pago deducible durante ese mismo periodo impositivo de 100 a TerceraCo, una sociedad residente del Estado Y. P2, a través de P1, ha realizado indirectamente un pago a una persona inelegible y por tanto erosionador de la base imponible, de 100. En este ejemplo, no se satisface el criterio de la erosión de la base enunciado en la letra (*ii*) y no puede considerarse a P2 como una persona apta.

33. Como se señala en los Comentarios al artículo 1, algunos Estados consideran que deben incluir en sus convenios disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas respecto de rentas pagadas a personas relacionadas (según se define en el apartado 7) que se benefician de regímenes que constituyen "regímenes fiscales especiales" (véanse los párrafos 85 a 100 de los Comentarios al artículo 1) y denegar la aplicación del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén una deducción ficticia en relación con los fondos propios (véase el párrafo 107 de los Comentarios al artículo 1). Estos Estados pueden querer modificar el criterio de no erosión de la base imponible de la letra (*ii*) a fin de incluir en la categoría de personas inelegibles a aquellas que, si bien son residentes de uno de los Estados contratantes, se benefician de regímenes fiscales especiales o de deducciones ficticias en relación con pagos deducibles que perciben o devengan. Este efecto puede lograrse modificando la letra (*ii*) como sigue:

(ii) en lo que concierne a los beneficios de este Convenio distintos de los previstos en el artículo 10, menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles en ese periodo impositivo a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos

de plena competencia efectuados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo).

A) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*);

B) a personas relacionadas con las descritas en este subapartado y que se benefician de un régimen fiscal especial en el sentido de [referencia al apartado del convenio que incluye la definición de "régimen fiscal especial"] de este Convenio, respecto del pago deducible; o

C) en relación con un pago de intereses, a personas relacionadas con la descrita en este subapartado y que se benefician de las deducciones ficticias descritas en [referencia al apartado del artículo 11 relativo a las deducciones ficticias en relación con los fondos propios].

34. El ejemplo siguiente ilustra la aplicación de esta redacción alternativa del criterio de no erosión de la base enunciado en el párrafo precedente:

— Ejemplo: supongamos que los hechos son los mismos que en el Ejemplo B del párrafo 32 visto más arriba, excepto en que el único elemento de renta que percibe R3 son unos cánones por valor de 100 procedentes del Estado desde el que se reclaman los beneficios del convenio, para los que R3 quiere acogerse a los beneficios del artículo 12. R3 efectúa un pago deducible de cánones de 100 a R1. Durante todo el periodo considerado, R1 se beneficia de un régimen fiscal especial (como se define en ese Convenio) aplicable a los cánones.

El criterio de propiedad enunciado en la letra (*i*) del subapartado *d*) se cumple ya que R1, sociedad que satisface las condiciones enunciadas en el subapartado *c*), posee indirectamente al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de R3 y R2 es un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio. Sin embargo, a pesar de que R1 satisface las condiciones del subapartado *c*), el pago de cánones deducible efectuado por R1 en favor de R3 es un pago erosionador de la base imponible, ya que R1 es una persona inelegible. R1 es una persona relacionada con R3 y se beneficia de un régimen fiscal especial aplicable a las rentas en concepto de cánones. En este ejemplo, R3 no satisface el criterio de no erosión de la base imponible enunciado en la letra (*ii*) dado que R3 ha efectuado un pago erosionador de la base por valor de 100 a una persona que se beneficia de un régimen fiscal especial y ese importe, 100, excede del límite admisible para R3 de pagos efectuados a personas inelegibles y, por tanto, erosionadores de la base imponible (esté límite se supera si el total de esos pagos no es de menos de 50).

35. Sin embargo, otros Estados pueden considerar innecesario imponer la condición de no erosión de la base enunciada en la letra (*ii*) en el caso de sociedades participadas principalmente por sociedades o entidades cotizadas. Estos Estados pueden querer omitir, por tanto, el subapartado *d*) y utilizar la versión que sigue del subapartado *c*), que trata tanto de las sociedades o entidades cotizadas como de las sociedades participadas mayoritariamente por un máximo de cinco sociedades o entidades cotizadas (los Estados que se adhieran a este enfoque deben renumerar los párrafos siguientes del apartado 2 y sustituir las referencias al "subapartado *c*)" por referencias a la "letra (*i*) del subapartado *c*)" al redactar las normas sobre "propiedad/no erosión de la base imponible", "beneficios derivados" y sobre la sede central, a fin de evitar los problemas descritos anteriormente en el párrafo 30):

c) una sociedad u otra entidad si, a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado,

(i) su clase principal de acciones (y cualquier otra clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos y:

A) su clase principal de acciones cotiza principalmente en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado contratante del que es residente la sociedad o entidad; o

B) la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad está situada en el Estado contratante del que es residente; o

(ii) al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad o entidad pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de cinco sociedades o entidades que puedan acogerse a los beneficios del Convenio en virtud de la letra (i) de este subapartado, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente del Estado contratante desde el que se reclaman los beneficios del Convenio o sea un propietario interpuesto que puede acogerse a ellos;

Subapartado d) (versión simplificada) / e) (versión detallada): organizaciones sin ánimo de lucro y fondos de pensiones

Versión simplificada

d) una persona, distinta de una persona física, que sea:

(i) una [descripción acordada de las entidades sin ánimo de lucro pertinentes de cada Estado contratante],

(ii) un fondo de pensiones reconocido;

Versión detallada

e) una persona, distinta de una persona física, que sea:

(i) una [descripción acordada de las entidades sin ánimo de lucro pertinentes de cada Estado contratante],

(ii) un fondo de pensiones reconocido al que sea aplicable la letra (i) de la definición de fondo de pensiones reconocido enunciada en el apartado 1 del artículo 3, a condición de que más del 50 por ciento de los derechos de participación en sus beneficios sea propiedad de personas físicas residentes de alguno de los Estados contratantes, o cuando más del [__ por ciento] de los derechos de participación en sus beneficios sea propiedad de personas físicas residentes de alguno de los Estados contratantes o de cualquier otro Estado respecto del cual se cumplan los siguientes requisitos

A) las personas físicas residentes de ese otro Estado pueden acogerse a los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición de carácter general suscrito entre ese otro Estado y el Estado desde el que se reclaman los beneficios de este Convenio, y

B) con respecto a la renta a la que se refieren los artículos 10 y 11 de este Convenio, si la persona fuera residente de ese otro Estado y pudiera acogerse a todos los beneficios de ese otro convenio, se beneficiaría de un tipo de gravamen previsto por ese otro convenio

para este tipo de rentas concretas, respecto de las que se reclaman los beneficios de este Convenio, igual o inferior al tipo de gravamen aplicable conforme a este Convenio; o

(iii) un fondo de pensiones reconocido al que sea aplicable la letra (ii) de la definición de fondo de pensiones reconocido enunciada en el apartado 1 del artículo 3, a condición de que la finalidad de su constitución y de su explotación sea exclusiva o casi exclusivamente la inversión de fondos en beneficio de las entidades o instrumentos a que se refieren los subapartados anteriores;

Comentarios al subapartado d) del apartado 2 de la versión simplificada

36. El subapartado *d*) de la versión simplificada establece normas conforme a las que ciertas organizaciones sin ánimo de lucro (en la medida en que respondan a los criterios para ser consideradas residentes de un Estado contratante, como se indica en el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 4) y fondos de pensiones reconocidos, podrán acogerse a todos los beneficios del Convenio.

37. Las entidades que cada Estado incluirá en la letra (i) serán, por lo general, aquellas exentas de impuestos en su Estado de residencia y cuya constitución y operatividad responde exclusivamente a la consecución de ciertos fines sociales (por ejemplo, benéficos, científicos, artísticos, culturales o pedagógicos). Al incluir estas entidades en la letra (i) para cada Estado, por lo general, se hará referencia a las disposiciones de la legislación interna correspondiente en la que queden descritas estas entidades, o a los elementos de la legislación interna que permiten su identificación como tales. Dependiendo de la redacción utilizada, los Estados pueden estar igualmente interesados en modificar la letra (i) a fin de permitir a sus autoridades competentes modificar o complementar posteriormente la descripción propuesta.

38. La letra (ii) hace referencia a toda entidad que tenga la condición de "fondo de pensiones reconocido" conforme a la definición dada a este término en el apartado 1 del artículo 3.

Comentarios al subapartado e) del apartado 2 de la versión detallada

39. El subapartado *e*) de la versión detallada establece normas conforme a las que ciertas organizaciones sin ánimo de lucro (en la medida en que respondan a los criterios para ser consideradas residentes de un Estado contratante, como se indica en el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 4) y ciertos fondos de pensiones reconocidos podrán acogerse a todos los beneficios del Convenio.

40. Las entidades descritas en la letra (i) accederán automáticamente a los beneficios del Convenio independientemente de la residencia de sus beneficiarios o miembros. Las entidades que cada Estado contratante incluirá en la letra (i) serán, por lo general, aquellas exentas de impuestos en su Estado de residencia y cuya constitución y operatividad responde exclusivamente a la consecución de ciertos fines sociales (por ejemplo, benéficos, científicos, artísticos, culturales o pedagógicos). Al incluir estas entidades en la letra (i) para cada Estado, por lo general, se hará referencia a las disposiciones de la legislación interna correspondiente en la que queden descritas estas entidades, o a los elementos de la legislación interna que permiten su identificación como tales. Dependiendo de la redacción utilizada, los Estados pueden estar igualmente interesados en modificar la letra (i) a fin de permitir a sus autoridades competentes modificar o complementar posteriormente la descripción propuesta.

41. De acuerdo con la letra (ii), un fondo de pensiones reconocido comprendido en la letra (i) de la definición dada a ese término en el apartado 1 del artículo 3 (que es la parte de la definición que se aplica a las entidades que administran u ofrecen prestaciones por jubilación y beneficios complementarios o accesorios a personas físicas) tendrá derecho a los beneficios del Convenio cuando los titulares de más del 50 por ciento de los derechos de participación en sus beneficios sean personas físicas residentes de alguno de los Estados contratantes, o cuando más de un determinado porcentaje de los derechos de participación en sus beneficios, que se determinará durante la negociación bilateral, sea propiedad de dichos residentes o de personas físicas residentes de terceros Estados siempre y cuando, en este último caso, se satisfagan también dos condiciones adicionales. La primera condición es que estas personas físicas puedan acogerse a los beneficios de un convenio tributario de carácter general suscrito entre ese tercer Estado y el Estado de la fuente. La segunda condición es que dicho convenio establezca una reducción similar o mayor sobre la retención en fuente aplicable a los intereses o dividendos derivados de los fondos de pensiones de dicho tercer Estado. A los efectos de esta disposición, se entenderá por "derechos de participación en sus beneficios" los derechos que tienen las personas que pueden percibir las pensiones del fondo. No obstante, algunos Estados consideran que el riesgo de que los fondos de pensiones reconocidos puedan utilizarse como estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros no justifican los costes de cumplimiento que recaerían sobre estos fondos al obligarles a identificar la residencia a efectos del convenio y el derecho de las personas beneficiarias de las prestaciones a los beneficios del convenio. Los Estados que sean de esta opinión pueden modificar las letras (ii) e (iii) en este sentido y pueden, por ejemplo, simplemente reemplazar estas dos letras por otra del tenor: "es un fondo de pensiones reconocido", que, como la disposición de la versión simplificada, tendrá el efecto de conceder automáticamente la condición de "persona apta" a todo fondo de pensiones reconocido que responda a la definición del apartado 1 del artículo 3.

42. La letra (iii) se aplica a los denominados "fondos de fondos", a los que se hace referencia en la letra (ii) de la definición del término "fondo de pensiones reconocido" del apartado 1 del artículo 3. Se trata de fondos que no proporcionan de manera directa pensiones a personas físicas, sino que se crean y explotan con el objetivo de invertir los fondos de los fondos de pensiones reconocidos que están a su vez comprendidos en la letra (i) de la definición de "fondo de pensiones reconocido". La letra (iii) solo se aplica, sin embargo, si prácticamente toda la renta de dicho "fondo de fondos" procede de inversiones hechas para el beneficio de los fondos de pensiones reconocidos que tienen acceso a los beneficios conforme a la letra (ii).

Subapartado e) (versión simplificada) / f) (versión detallada): propiedad / no erosión de la base imponible

Versión simplificada

e) una persona, distinta de una persona física si, en ese momento y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprenda el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, las personas residentes de ese Estado contratante y que tienen derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*) a *d*) poseen, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de las acciones de dicha persona;

Versión detallada

f) una persona, distinta de una persona física si,

(i) en ese momento y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprenda el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, las personas residentes de ese Estado contratante y que tienen derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) poseen, directa o indirectamente, acciones que representen al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de las acciones en esa persona, siempre y cuando, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio, y

(ii) menos del 50 por ciento de la renta bruta de esa persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a los efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia efectuados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, y en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo), a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio de acuerdo con los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) de este apartado;

Comentarios al subapartado e) del apartado 2 de la versión simplificada

43. El subapartado *e*) de la versión simplificada establece un método adicional para acceder a los beneficios del Convenio, aplicable a entidades, con independencia de su forma jurídica, que sean residentes de un Estado contratante. En aplicación de ese subapartado, una entidad residente de un Estado contratante puede acogerse a los beneficios del Convenio si, en el momento en que el beneficio se hubiera acordado y durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprenda ese momento, al menos el 50 por ciento de las acciones de esa entidad son propiedad, directa o indirectamente, de personas residentes de ese Estado contratante que pueden acogerse a los beneficios del Convenio conforme a los subapartados anteriores del apartado 2 (es decir, los subapartados *a*), *b*), *c*) o *d*) de la versión simplificada).

44. Según la definición del término "acciones" del apartado 7, ese término comprende participaciones análogas en entidades, distintas de las sociedades de capital, a las que se aplica el subapartado; lo que incluye, por ejemplo, a las unidades de un fideicomiso.

45. A diferencia de la disposición paralela del subapartado *f*) de la versión detallada, el subapartado *e*) de la versión simplificada no exige que la entidad satisfaga también el criterio de no erosión de la base imponible. Del mismo modo, en el caso de la propiedad indirecta, no impone condición alguna relativa a los propietarios interpuestos.

Comentarios al subapartado f) del apartado 2 de la versión detallada

46. El subapartado *f*) de la versión detallada establece un método adicional para acceder a los beneficios del Convenio, aplicable a entidades, con independencia de su forma jurídica, que sean residentes de un Estado contratante. Los criterios de propiedad y no erosión de la base

imponible enunciados en el subapartado *f*) imponen dos condiciones; ambas deben cumplirse para que el residente pueda acogerse a los beneficios del convenio en virtud del subapartado *f*).

47. Conforme a la letra (i), que se corresponde con el criterio de propiedad, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones en circulación (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) en la persona deben ser propiedad, directa o indirectamente, durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprenda el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, de personas residentes en el mismo Estado contratante que dicha persona, y que tengan acceso a los beneficios del Convenio de acuerdo con los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*). En el caso de propiedad indirecta, cada uno de los propietarios interpuestos debe ser un propietario interpuesto que pueda optar a los beneficios del Convenio. La expresión "propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio" se define en el apartado 7. Atendiendo a esa definición, un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio comprende asimismo a un residente del mismo Estado contratante que la sociedad que invoca los beneficios en virtud del subapartado *f*).

48. Aunque la letra *f*) resulta particularmente relevante en el ámbito de las sociedades sin cotización, también puede ser de aplicación a otro tipo de entidades, como los fideicomisos, siempre que residan en un Estado contratante y satisfagan los requisitos estipulados en ese subapartado. De acuerdo con la definición del término "acciones" en el apartado 7, en el caso de entidades distintas de las sociedades de capital, este término se refiere a los derechos que puedan ser equiparables a las acciones; por ejemplo, los derechos de participación los beneficios de un fideicomiso. A los efectos de la letra (i), los derechos de participación en los beneficios de un fideicomiso se considerarán de titularidad de sus beneficiarios en proporción a la participación actuarial de cada beneficiario en el fideicomiso. La participación de un beneficiario que tiene derecho a la parte restante de un fideicomiso será igual al 100 por cien menos los porcentajes acumulados que posean los beneficiarios de la renta. No se entenderá que la participación de un beneficiario en un fideicomiso es propiedad de una persona con acceso a los beneficios del Convenio de acuerdo con los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) a menos que sea posible determinar la participación actuarial del beneficiario. En consecuencia, si no resulta posible determinar la participación actuarial de los beneficiarios en un fideicomiso, no será posible satisfacer el criterio de propiedad previsto en la letra (i) a menos que todos los beneficiarios posibles del fideicomiso sean personas que puedan acogerse a los beneficios del Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*).

49. La letra (ii) enuncia el criterio de no erosión de la base imponible, que es en esencia análogo al criterio de no erosión de la base imponible de la letra (ii) del subapartado *d*) salvo por el hecho de que, a diferencia del otro criterio, se aplica también a las personas que aspiren a acogerse a los beneficios del artículo 10. El criterio de no erosión de la base imponible se satisface si

— menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona (y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, si hay grupo analizado) correspondiente al periodo impositivo que comprende la fecha en la que se reclaman los beneficios del convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales, para calcular el impuesto de la sociedad en el Estado de residencia, y

— menos del 50 por ciento de la renta bruta de grupo analizado (si hay grupo analizado) correspondiente al periodo impositivo que comprende la fecha en la que se reclaman los beneficios del convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales para calcular el impuesto de cualquier miembro del grupo en el Estado de residencia de la sociedad que invoca los beneficios del Convenio.

50. El término "persona inelegible" utilizado en los párrafos precedentes se refiere a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes, con derecho a acogerse a los beneficios del Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2. El apartado 7 incluye la definición de los términos "grupo analizado" y "renta bruta" que se utilizan en la letra (*ii*).

51. A diferencia del criterio de no erosión de la base del subapartado *d*), el de la letra (*ii*) se aplica si una persona desea acogerse a los beneficios del artículo 10. Esta persona, a los efectos de la letra (*ii*), incluirá en su renta bruta los dividendos percibidos aun cuando se trate de dividendos efectivamente exentos de imposición en el Estado de residencia de esa persona. Esta disposición está recogida en la letra (*i*) de la definición del término "renta bruta" en el apartado 7.

52. Como en el caso del criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *d*), a los fines de la aplicación del criterio enunciado en la letra (*ii*), los importes de plena competencia pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles no se incluyen entre los pagos deducibles (es decir, erosionadores). Las distribuciones de fondos fiduciarios se consideran pagos erosionadores en la medida en que sean deducibles de la base imponible. Las deducciones por amortización y depreciación, al no representar pagos a otra persona ni devengos, no se tendrán en cuenta a los efectos de la letra (*ii*). Además, en el caso de un grupo analizado, los pagos intragrupo no se consideran pagos deducibles. Finalmente, los pagos de intereses no son importes de plena competencia pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, por lo que se tendrán en cuenta si se efectúan a favor de una persona inelegible.

53. Como se señaló en el párrafo 33 anterior, aplicable al criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *d*), los Estados que quieran denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas convencionales respecto de rentas pagadas a personas relacionadas que se benefician de regímenes que constituyen "regímenes fiscales especiales" y denegar la aplicación del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones de leyes fiscales internas que prevén una deducción ficticia en relación con los fondos propios, pueden querer modificar también el criterio de no erosión de la base imponible de la letra (*ii*) a fin de incluir en la categoría de "personas inelegibles" aquellas que, si bien son residentes de uno de los Estados contratantes, se benefician de regímenes fiscales especiales o de deducciones ficticias en relación con pagos deducibles que perciben o devengan. Este efecto puede lograrse modificando la letra (*ii*) como sigue:

(ii) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende ese momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma

de pagos deducibles en ese periodo impositivo a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia efectuados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo)

A) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes, con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*);

B) a personas relacionadas con las descritas en este subapartado y que se benefician de un régimen fiscal especial en el sentido de [referencia al apartado del convenio que incluye la definición de "régimen fiscal especial"] de este Convenio, respecto del pago deducible; o

C) en relación con un pago de intereses, a personas relacionadas con las descritas en este subapartado y que se benefician de las deducciones ficticias descritas en [referencia al apartado del artículo 11 relativo a las deducciones ficticias en relación con los fondos propios];

54. Los ejemplos que siguen ilustran la aplicación del criterio de no erosión de la base enunciado en la letra (ii) del subapartado *f*) por un Estado contratante (al que en los ejemplos se denomina "Estado mencionado en primer lugar"), teniendo en cuenta las definiciones de "grupo analizado" y "renta bruta" que figuran en el apartado 7:

— Ejemplo A: supongamos que, en el periodo considerado, se cumple lo siguiente: R2 [la entidad que invoca los beneficios del convenio en virtud del subapartado *f*)] es una filial íntegramente participada por R1, a su vez, íntegramente participada por Z, una persona física. R1, R2 y Z son todos residentes del otro Estado contratante conforme al artículo 4. R1 y R2 forman parte del mismo grupo de consolidación fiscal. Se cumple el criterio de la propiedad de la letra (i) del subapartado *f*) porque Z, una persona apta conforme al subapartado *a*), posee indirectamente al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de R2, y R1 es un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del convenio.

  Durante el periodo impositivo considerado, R2 percibe 50 en concepto de dividendos pagados por una sociedad residente de un tercer Estado y 50 en intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar. R2 realiza un pago deducible de intereses por valor de 24 a una persona inelegible y 51 en dividendos a R1. Además de los dividendos por valor de 51 que percibe de R2, R1 obtiene una renta adicional de 100 pagada por personas ajenas al grupo analizado. R1 efectúa un pago deducible de intereses por valor de 51 a una persona inelegible. R2 quiere acogerse a los beneficios del Convenio invocando el artículo 11, pero no así el 10.

  A fin de aplicar el criterio de no erosión de la base imponible al grupo analizado, el grupo está constituido por R1 y R2. La renta bruta del grupo analizado a estos efectos es 150 (50 de intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar más 100 en concepto de renta adicional de personas ajenas al grupo analizado). R2 ha efectuado un pago erosionador de la base de 24 y R1 un pago a una persona inelegible, y por tanto erosionador de la base, de 51. El total de pagos erosionadores de la base imponible del grupo analizado es 75 (24 + 51) que no es menor que el 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado que es 150. Por tanto, no se cumple el criterio de no erosión de la base imponible y R2 no es una persona apta en virtud del subapartado *f*).

— Ejemplo B: supongamos que los hechos son los mismos que en el ejemplo A anterior, salvo en que la renta respecto de la que R2 quiere ser una persona apta es 50 de dividendos pagados por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar, en vez de 50 en concepto de intereses procedentes de ese Estado. A estos efectos, la renta bruta de R2 es 100 (50 de los dividendos pagados por una sociedad residente de un tercer Estado y 50 de dividendos pagados por una sociedad del Estado mencionado en primer lugar). La renta bruta del grupo analizado es 200 (renta bruta de R2 de 100 más renta de R1 de 100 pagada por personas ajenas al grupo analizado). R2 ha efectuado un pago erosionador de la base de 24 y R1 uno de 51. Los pagos erosionadores de la base de R2 son de 24, lo que es menos del 50 por ciento de la renta bruta de R2, que es 100. Además, los pagos erosionadores de la base efectuados por el grupo analizado ascienden a 75 (24 + 51), que es menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado de 200. Por tanto, en este ejemplo, se cumple el criterio de no erosión de la base imponible de la letra (ii) y R2 es una persona apta en virtud del subapartado *f*) a los efectos de poder aplicar un tipo impositivo menor sobre los dividendos pagados por la sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar.

Subapartado g): Instituciones de inversión colectiva

Únicamente versión detallada

g) [posible disposición sobre instituciones de inversión colectiva][1]

Comentarios al subapartado g) del apartado 2 de la versión detallada

55. Como se señalaba en la nota de pie de página correspondiente al subapartado *g*), el hecho de que se incluya o no una norma específica referida a las Instituciones de Inversión Colectiva (IICs) en el apartado 2 y, llegado el caso, la redacción de tal norma, dependerá del tratamiento que el Convenio confiera a las IICs y de su tratamiento y uso en cada uno de los Estados contratantes[2]. Si bien esa norma no será necesaria respecto de una entidad que sea una "persona apta" en virtud de otras disposiciones del apartado 2, con frecuencia dicha norma será necesaria, ya que es posible que una IIC no pueda acogerse a los beneficios del convenio en virtud de las restantes disposiciones del apartado 2 o de los apartados 3, 4 o 5 ya que, en muchos casos

— las participaciones en una IIC no cotizan en bolsa (aunque estén ampliamente distribuidas);

— los titulares de dichas participaciones son residentes de terceros Estados;

[1] Este subapartado debe redactarse (u omitirse) en función del tratamiento que el Convenio otorgue a las instituciones de inversión colectiva, así como a su tratamiento y uso en cada Estado contratante: véanse los Comentarios al subapartado y los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1.

[2] Véanse también los párrafos 67.1 a 67.7 de los Comentarios al artículo 10 y el informe titulado "Tax Treaty issues Related to REITs" ("Cuestiones sobre la aplicación de los convenios tributarios a las sociedades de inversión en el mercado inmobiliario") que trata el derecho de estas sociedades a acogerse a los beneficios del Convenio. En relación con la aplicación de la definición de "residente de un Estado contratante" a una sociedad de inversión en el mercado inmobiliario, véanse los párrafos 8 y 9 del Informe citado *ut supra*.

— las distribuciones de beneficios realizadas por la IIC son pagos deducibles;

— las IIC se utilizan como vehículos de inversión y no para "el desempeño de una actividad económica" en el sentido del apartado 3;

— las IIC no cumplen el criterio sobre la propiedad enunciado en el apartado 4, y

— las IIC no pueden calificarse como sede central conforme al apartado 5.

56. Los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1 examinan diversos factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el derecho de las IIC a acogerse a los convenios, por lo que resulta apropiado revisarlos para decidir la inclusión de una disposición sobre las IICs en el apartado 2 y, en su caso, cómo debería redactarse. Estos párrafos recogen disposiciones alternativas que pueden usarse para dar un tratamiento adecuado a las IICs que se encuentren en cada Estado contratante. Como se explica más adelante, el uso de estas disposiciones puede hacer innecesaria la inclusión de una norma específica sobre las IICs en el apartado 2, aunque será importante asegurarse de que, en ese caso, la definición de "beneficiario equiparable", en el caso de que se emplee tal término en la disposición alternativa en cuestión, se adapta de modo que refleje la definición recogida en el apartado 7.

57. Si se opta por incluirlo, el subapartado *g*) se ocupará de establecer en qué casos un Estado contratante accederá a aceptar que una IIC establecido en el otro Estado contratante es un residente de dicho Estado de acuerdo con el análisis expuesto en los párrafos 23 a 26 de los Comentarios al artículo 1 (esta decisión puede resultar, o bien de un procedimiento amistoso como prevé el párrafo 30 de los Comentarios al artículo 1, o bien de una decisión administrativa o judicial). Las disposiciones del artículo, incluido el subapartado *g*), no afectarán a las IICs que no puedan considerarse residentes de un Estado contratante conforme al análisis de los párrafos 23 a 26 de los Comentarios al artículo 1. Además, las disposiciones del subapartado *g*) tampoco serán pertinentes cuando el derecho a los beneficios convencionales de la IIC dependa de una disposición del convenio similar a alguna de las alternativas previstas en los párrafos 31, 35, 40, 41 y 46 de los Comentarios al artículo 1.

58. Como explicaban los párrafos 33 y 34 de los Comentarios al artículo 1, los Estados contratantes que deseen abordar la cuestión del derecho de las IIC a obtener los beneficios de los convenios querrán considerar las características económicas de los diferentes tipos de IIC utilizados en cada Estado contratante, así como su uso potencial como estrategia de elusión mediante la utilización abusiva de convenios por terceros.

59. Como resultado de ese análisis, los Estados pueden concluir que el tratamiento fiscal que ambos confieren a las IIC no suscita problemas desde la perspectiva de la utilización abusiva de los convenios y, en consecuencia, decidir incluir en su convenio bilateral la disposición alternativa que figura en el párrafo 31 de los Comentarios al artículo 1, que prevé expresamente el derecho de las IIC constituidas en cada Estado a acogerse a los beneficios del convenio, garantizando al mismo tiempo que reciben la consideración de personas aptas conforme al subapartado *a*) del apartado 2 del artículo (pues a las IIC a las que pueda aplicarse dicha disposición alternativa serán tratadas como personas físicas). En tal caso, deberá omitirse el subapartado *g*). Los Estados que compartan la opinión de que las IIC constituidas en ambos Estados no suscitan problemas de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, pero opten por no incluir en su convenio la disposición alternativa

del párrafo 31 de los Comentarios al artículo 1, deben asegurarse de que las IIC residentes en los Estados contratantes reciben la consideración de persona apta. En tales casos, el subapartado *g*) podrá redactarse como sigue:

> *g*) una institución de inversión colectiva [la definición de "institución de inversión colectiva" se incluirá entonces en el apartado 7];

60. No obstante, los Estados contratantes podrán también llegar a la conclusión de que las IIC posibilitan que residentes de terceros Estados accedan a través de ellas a beneficios convencionales a los que no tendrían acceso si hubieran realizado su inversión de manera directa y, por esa razón, podrían preferir redactar el subapartado *g*) de manera tal que las IIC residentes de un Estado contratante serán personas aptas, pero únicamente en la medida en que los derechos de participación en los beneficios de las IIC pertenezcan a beneficiarios equiparables. En tal caso, el subapartado *g*) podrá redactarse como sigue:

> *g*) una institución de inversión colectiva, pero solo en la medida en que, en el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, los derechos de participación en los beneficios de esa institución de inversión colectiva sean propiedad de [residentes del Estado contratante en que esté establecida la institución de inversión colectiva o de][3] beneficiarios equiparables.

61. Dicho tratamiento es equivalente al que resultaría de incluir en el convenio una disposición similar a la disposición alternativa que figura en el párrafo 35 de los Comentarios al artículo 1. Como señalan los párrafos 32 a 38 de los Comentarios al artículo 1, la incorporación de tal disposición alternativa proporcionaría una solución más completa a los problemas relacionados con los convenios que surgen en relación con las IIC ya que, además de abordar los problemas relacionados con las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, sirve al mismo tiempo para aclarar cuál es el tratamiento fiscal de las IIC en ambos Estados contratantes. Si finalmente se opta por incluir dicha disposición alternativa en el convenio, el subapartado *g*) no será necesario en lo que se refiere a las IIC a las que fuera aplicable esa disposición alternativa, puesto que tal disposición establece que estas IIC serán tratadas como personas físicas (siempre y cuando los derechos de participación en los beneficios de las IIC sean propiedad de beneficiarios equiparables) y, por ende, recibirán la consideración de personas aptas en virtud del subapartado *a*) del apartado 2 del artículo.

62. El planteamiento descrito en los dos párrafos previos, al igual que el previsto en los párrafos 35, 40 y 42 de los Comentarios al artículo 1, obliga a la IIC a determinar, a la hora de reclamar un beneficio convencional respecto de un elemento de renta concreto, la proporción de titulares de participaciones que hubieran podido optar a los beneficios del convenio en caso de haber invertido directamente. No obstante, como indica el párrafo 43 de los Comentarios al artículo 1, la titularidad de las participaciones en la IIC cambia con regularidad y, además, es frecuente que su tenencia se realice a través de intermediarios. Por esta razón, resulta habitual que la IIC y sus gestores desconozcan los nombres de los beneficiarios efectivos de sus participaciones o la situación de estos en relación con el convenio. Sería poco

[3] Las palabras "residentes del Estado contratante en que esté establecida la institución de inversión colectiva" pueden no ser necesarias si la definición de "beneficiario equiparable" utilizada a los efectos de esa disposición fuera idéntica a la versión detallada de la definición del término "beneficiario equiparable" del apartado 7; véase el párrafo 145 más adelante.

práctico exigir a la IIC que recabe dicha información a través de los intermediarios correspondientes cada vez que la IIC obtenga rentas. Por esta razón, los Estados contratantes deberán estar dispuestos a aceptar planteamientos más pragmáticos y fiables que no requieran ese seguimiento diario. Como señala el párrafo 45 de los Comentarios al artículo 1, aunque la identidad de los inversores particulares pueda cambiar diariamente es probable que la proporción de inversores en la IIC con derecho a acogerse a los beneficios del convenio varíe con relativa lentitud. Por tanto, el cálculo de la proporción de beneficiarios equiparables titulares de los derechos de participación en los beneficios de las IIC deberá hacerse a intervalos periódicos, determinación que será aplicable a los pagos que sigan, hasta que se realice un nuevo cálculo. Esto se corresponde con el planteamiento descrito en el párrafo 45 de los Comentarios al artículo 1, según el cual:

> ... sería razonable exigir a la IIC que obtenga de otros intermediarios, en fechas predeterminadas, la información que le permita determinar la proporción de inversores que tienen derecho a acogerse a los convenios. Esta información podría requerirse al final del año civil o del ejercicio fiscal o con mayor frecuencia si las condiciones del mercado sugieren una alta rotación en la titularidad, aunque con una periodicidad no superior a una vez por trimestre, coincidiendo con su terminación. La IIC podría entonces invocar los beneficios de los convenios sobre la base de la media de esos cálculos a lo largo de un plazo previamente convenido. Al adoptar estos procedimientos debe prestarse especial atención a la elección de las fechas utilizadas para el cómputo, a fin de permitir que la IIC tenga tiempo suficiente para actualizar la información que ofrece a otros pagadores, y pueda retenerse el importe correcto al inicio de cada periodo correspondiente.

63. Otro enfoque que pueden adoptar los Estados contratantes en relación con las IIC es el descrito en el párrafo 40 de los Comentarios al artículo 1. Los Estados contratantes que compartan esta visión podrán redactar el subapartado *g*) de forma que una IIC residente de un Estado contratante solo reciba la consideración de persona apta en la medida en que los titulares de los derechos de participación en los beneficios de las IIC sean residentes del mismo Estado contratante en que esta está establecida. En tal caso, el subapartado *g*) podrá redactarse como sigue:

> *g*) una institución de inversión colectiva, pero solo en la medida en que, en el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, los derechos de participación en los beneficios de dicha institución sean propiedad de residentes del Estado contratante en el que está establecida esa institución de inversión colectiva.

Puesto que la inclusión de la disposición alternativa recogida en el párrafo 40 de los Comentarios al artículo 1 tendrá, respecto de aquellas IIC a las que se aplique, el mismo resultado que el subapartado *g*), este no será necesario en caso de incluir dicha disposición alternativa en el convenio, por lo que respecta a las IIC comprendidas en su ámbito de aplicación.

64. Una posible variación del planteamiento previo es la de otorgar la condición de persona apta a una IIC residente en un Estado contratante cuando la mayoría de los titulares de los derechos de participación en los beneficios de la IIC sean personas físicas residentes del Estado contratante en el que está establecida la IIC. Este resultado puede alcanzarse omitiéndose el subapartado *g*) y confiando únicamente en la aplicación del subapartado *f*) (el llamado criterio de propiedad y no erosión de la base imponible).

65. Otro enfoque que pueden adoptar los Estados contratantes es el de concluir que el hecho de que una proporción sustancial de inversores en la IIC puedan acogerse a los benefi-

cios del convenio supone una garantía suficiente frente al riesgo de su utilización como estrategia de elusión mediante la utilización abusiva del convenio por terceros, y que por tanto lo adecuado es determinar un umbral de propiedad por encima del cual se concedan los beneficios respecto de todas las rentas percibidas por la IIC. La disposición alternativa que permite alcanzar este resultado es la prevista en el párrafo 41 de los Comentarios al artículo 1 y el subapartado *g*) no será necesario si los Estados contratantes optan por incluirla en sus convenios bilaterales, respecto de las IIC que queden cubiertas por dicha disposición. Si, por el contrario, no se incluye dicha disposición en el convenio, puede ampliarse el alcance del subapartado *g*) de forma que produzca un resultado similar haciendo referencia a: "una institución de inversión colectiva, pero únicamente en la medida en que al menos un [porcentaje que se determinará de forma bilateral] por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la institución de inversión colectiva sea propiedad de residentes del Estado contratante en que esté establecida y de beneficiarios equiparables".

66. Del mismo modo, los Estados contratantes pueden optar por la disposición alternativa del párrafo 46 de los Comentarios al artículo 1 cuando consideren que "una institución de inversión colectiva que cotice en bolsa no puede servir como una estrategia efectiva de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios, ya que los accionistas o partícipes de dicha institución de inversión colectiva no pueden ejercer control sobre ella individualmente". En tal caso, el subapartado *g*) no será necesario respecto de aquellas IIC a las que se aplique esa disposición alternativa. Los Estados que compartan esta visión pero que no hayan incluido la disposición alternativa en su convenio, podrán redactar el subapartado *g*) como sigue:

g) una institución de inversión colectiva si la clase principal de sus acciones cotiza con regularidad en un mercado de valores reconocido.

67. Por último, como se explica en el párrafo 39 de los Comentarios al artículo 1, los Estados que compartan la preocupación manifestada en dicho párrafo acerca del potencial diferimiento en el pago de impuestos que podría surgir respecto de una IIC sujeta a escasa o nula tributación y que puede acumular su renta en lugar de distribuirla regularmente, pueden optar por negociar disposiciones por las cuales se concedan los beneficios únicamente a aquellas IIC que estén obligadas a distribuir beneficios regularmente. En función de cómo se redacten dichas disposiciones, el subapartado *g*) puede resultar innecesario.

Apartado 3: Desempeño de una actividad económica

Versiones simplificada y detallada

3. *a*) Un residente de un Estado contratante tendrá derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado contratante, con independencia de que sea o no una persona apta, si el residente desempeña activamente una actividad económica en el Estado contratante mencionado en primer lugar, y la renta que proceda del otro Estado contratante proviene de esa actividad económica o es incidental a ella. A los efectos de este artículo, la expresión "desempeño de una actividad económica" no incluye las siguientes actividades ni sus combinaciones:

(i) su explotación como sociedad de tenencia de valores;

(ii) supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario;

(iii) actividades de financiación al grupo (incluida la centralización de tesorería); o

(*iv*) realización o gestión de inversiones, excepto cuando dichas actividades las realice un banco o [listado de instituciones financieras similares a los bancos que los Estados contratantes puedan acordar tratar como tales], entidades de seguros o un agente de valores registrado, en el curso ordinario de su actividad como tal.

b) Si un residente de un Estado contratante obtiene un elemento de renta de una actividad económica efectuada por ese residente en el otro Estado contratante, u obtiene un elemento de renta del otro Estado contratante procedente de una persona relacionada, las condiciones descritas en el subapartado *a*) se considerarán satisfechas en relación con ese elemento de renta únicamente si la actividad económica desarrollada por el residente del Estado contratante mencionado en primer lugar, con el que está relacionado el elemento de renta, es sustancial respecto de la misma actividad económica o una actividad complementaria a ella, efectuada por el residente o por dicha persona relacionada en el otro Estado contratante. Para determinar si una actividad económica es sustancial a los efectos de este apartado se analizarán todos los hechos y circunstancias.

c) A los efectos de la aplicación de este apartado, las actividades desarrolladas por personas relacionadas con residentes de un Estado contratante, se considerarán desarrolladas por dicho residente.

Comentarios al apartado 3 de las versiones detallada y simplificada

68. El apartado 3 tanto de la versión detallada como de la simplificada ofrece un criterio alternativo conforme al cual un residente de un Estado contratante puede acogerse a los beneficios del Convenio respecto de ciertos elementos de renta que estén relacionados con el desempeño de una actividad económica en su Estado de residencia. Este apartado reconoce que, cuando una entidad residente de un Estado contratante desempeña una actividad económica en ese Estado, incluyendo las actividades realizadas por personas relacionadas, y obtiene renta procedente del otro Estado contratante en relación con esa actividad, o es incidental a ella, la concesión de los beneficios convencionales respecto de dicha renta no plantea problemas de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, independientemente de la naturaleza de la entidad y de sus propietarios. El apartado otorgará los beneficios del Convenio en un elevado número de situaciones en las que, de otro modo, los beneficios se denegarían en virtud del apartado 1, pues la entidad no es una "persona apta" conforme al apartado 2.

69. Un residente de un Estado contratante puede acogerse a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 3 independientemente de que sea o no una persona apta conforme al apartado 2. En aplicación del criterio del desempeño de la actividad económica del apartado 3, una persona (generalmente una sociedad) tendrá derecho a los beneficios del Convenio si cumple dos condiciones: primera, desempeña una actividad económica en su Estado de residencia; y segunda, el pago para el que se reclaman los beneficios guarda relación con esa actividad. En algunos casos, también se exige un requisito adicional: que la actividad tenga un volumen considerable en relación con la actividad llevada a cabo en el Estado de la fuente donde se genera la renta.

70. El subapartado *a*) establece la norma general de que un residente de un Estado contratante que desempeña una actividad económica en ese Estado puede acogerse a los beneficios del Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado contratante. No obstante, dicho elemento de renta debe obtenerse en relación con esa actividad o ser incidental a la misma.

71. El término "actividad económica" no está definido (excepto con el propósito específico de aclarar que comprende la prestación de servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente; véase el subapartado *h*) del apartado 1 del artículo 3) y, en consecuencia, tendrá el significado que le atribuya la legislación interna conforme a la norma general del apartado 2 del artículo 3. Con carácter general, se entenderá que una entidad desempeña una actividad económica únicamente si las personas a través de las cuales actúa la entidad (como sus directivos o empleados) llevan a cabo actividades de gestión y dirección sustanciales.

72. Las letras (*i*) a (*iv*) del subapartado *a*) identifican funciones específicas que, bien por si solas o combinadas, no constituyen, a efectos del apartado 3, el desempeño de una actividad económica ejercida en un Estado contratante, aun cuando todas ellas se lleven a cabo en el mismo Estado. Se trata de: (*i*) la explotación como sociedad de tenencia de valores; (*ii*) la supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario; (*iii*) actividades de financiación al grupo (incluida la centralización de tesorería); y (*iv*) la realización o gestión de inversiones, excepto cuando dichas actividades las realice un banco (o instituciones financieras acordadas por los Estados contratantes) entidades de seguros o un agente de valores registrado, en el curso ordinario de su actividad como tal.

73. El objetivo de esta enumeración de actividades es el de aclarar que las funciones de soporte administrativo en las multinacionales, así como las consistentes en la explotación como sociedad de tenencia de valores, no constituyen el desempeño de una actividad económica y, por tanto, la renta que procede directa o incidentalmente de esa actividad no puede acogerse a los beneficios del convenio en aplicación del apartado 3. Ciertos Estados consideran, no obstante, que algunas o todas las actividades enumeradas en las letras (*i*) a (*iv*) deben incluirse en lo que constituye el desempeño de la actividad económica, por lo que esos Estados desearán formular el apartado *a*) de otro modo.

74. Que un elemento de renta proceda o no del desempeño de una actividad económica por la sociedad en el Estado de residencia se determinará en función de los hechos y circunstancias. En general, un elemento de renta procede de dicho desempeño en el Estado de residencia si existe una relación objetiva entre la actividad económica desempeñada y el elemento de renta para el que se invocan los beneficios del convenio. Por ejemplo, si una empresa lleva a cabo actividades de investigación y desarrollo en su Estado de residencia y desarrolla una patente para un nuevo proceso, los cánones procedentes de la cesión de la patente estarán relacionados objetivamente con el desempeño de la actividad económica en el Estado de residencia. En el caso de dividendos o intereses pagados a una sociedad matriz, habrá que analizar las actividades de la pagadora para determinar si el dividiendo o el interés proceden del desempeño de una actividad económica por la sociedad matriz en su Estado de residencia.

75. A fin de determinar si las actividades de la sociedad pagadora en el Estado de la fuente tienen la relación objetiva requerida con el desempeño de la actividad económica en el Estado de residencia, será importante comparar las líneas de actividad en cada Estado. La línea de actividad en el Estado de la fuente puede ser previa o posterior a la que se lleva a cabo en el Estado de residencia. Por tanto, es posible que la actividad desarrollada en el Estado de la fuente consista en hacer aportaciones al proceso de fabricación que se lleva a cabo en el Estado de residencia, o la actividad en el Estado de la fuente puede consistir en la venta de

los resultados del proceso de fabricación por el residente. Los siguientes ejemplos ilustran estos principios:

— Ejemplo A: ACO es una sociedad residente del Estado A, y desempeña una actividad económica de fabricación en ese Estado, consistente en la fabricación del producto X. ACO es titular del 100 por cien de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B. BCO compra el producto X a ACO y lo distribuye a sus clientes en el Estado B. Como la actividad de distribución de BCO del producto X tiene una relación objetiva con la fabricación de ese producto por ACO, los dividendos pagados por BCO a ACO se considerarán procedentes de la actividad económica de ACO.

— Ejemplo B: ACO es una sociedad residente del Estado A que explota un gran centro de investigación y desarrollo en el Estado A que desarrolla licencias sobre derechos de propiedad intelectual que cede a filiales de todo el mundo, incluida BCO. ACO es propietaria del 100 por cien de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B. BCO fabrica y comercializa en el Estado B los productos diseñados por ACO. Como las actividades de BCO tienen una relación objetiva con la actividad económica desempeñada por ACO en el Estado A, los cánones pagados por BCO a ACO por el uso de su propiedad intelectual se considerará como renta procedente de la actividad económica de ACO.

— Ejemplo C: ACO es una sociedad residente del Estado A, en el que desempeña una actividad económica consistente en un proceso de fabricación que requiere la utilización de la materia prima X. ACO posee el 100 por cien de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B, que tiene acceso a grandes cantidades de la materia prima X. BCO extrae la materia prima X y la vende a ACO, que la usa para fabricar los bienes que vende en el mercado libre. Dado que la actividad económica que desempeña BCO es la de ser la proveedora de las materias primas que ACO utiliza en la fabricación de sus productos, la actividad de BCO tiene una relación objetiva con la de fabricación de ACO en el Estado A. Los dividendos que BCO paga a ACO se considerarán procedentes de la actividad económica de ACO.

76. Un elemento de renta procedente del Estado de la fuente es “incidental”, a la actividad económica desarrollada en el Estado de residencia si posibilita el desempeño de esa actividad económica en el Estado de residencia. Como ejemplo de renta incidental es aquella procedente de la inversión temporal de capital circulante de una persona en el Estado de residencia en títulos emitidos por personas del Estado de la fuente.

77. El subapartado *b*) del apartado 3 enuncia una condición complementaria a la norma general del subapartado *a*) para los casos en los que la actividad económica que genera el elemento de renta considerado la realice bien el perceptor de la renta o una persona relacionada en el Estado de la fuente. El subapartado *b*) prevé que la actividad económica que se desarrolla en el Estado de residencia, en esas circunstancias, debe ser sustancial respecto de la actividad en el Estado de la fuente. La determinación del carácter de sustancial se basa en todos los hechos y circunstancias, incluidos los volúmenes relativos de las empresas en cada Estado, los volúmenes relativos de las economías y mercados en los dos Estados, la naturaleza de las actividades ejercidas en cada uno de ellos y las aportaciones respectivas a la actividad económica en cada Estado.

78. El análisis para determinar si el subapartado *b*) es aplicable se hace por separado para cada elemento de renta procedente del Estado de la fuente, teniendo en cuenta la actividad económica ejercida en el Estado de residencia de la que deriva el elemento de renta en cuestión. Por tanto, es posible que una persona tenga derecho a acogerse a los beneficios del Convenio respecto de un elemento de renta, pero no respecto de otro. Si un residente de un Estado contratante tiene derecho a beneficiarse de lo dispuesto en un convenio en relación con un elemento de renta concreto en aplicación del apartado 3, podrá acogerse a todos los beneficios del Convenio, en la medida en que conciernan a la imposición de ese elemento de renta en el Estado de la fuente.

79. El criterio relativo al carácter sustancial de la actividad previsto en el subapartado *b*) no se aplica, sin embargo, si la actividad que genera el elemento de renta considerado no la realiza el residente que invoca los beneficios del convenio en el Estado de la fuente o una persona relacionada, en ese mismo Estado. Por ejemplo, si una pequeña empresa de investigación desarrolla en un Estado un proceso del que cede la licencia a una gran empresa farmacéutica fabricante, respecto de la que no es una persona relacionada, situada en otro Estado, el volumen de la actividad económica de la empresa de investigación en el primer Estado no tendrá que compararse con el de la actividad de la fabricante. De forma similar, un pequeño banco de un Estado que hace un préstamo a una gran empresa respecto de la que no es una persona relacionada, y que realiza una actividad económica en el otro Estado, no tendrá que satisfacer el criterio relativo al "carácter de sustancial" para poder optar a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 3.

80. El subapartado *c*) trata sobre las actividades ejercidas por personas relacionadas y prevé las reglas de atribución a los fines de la aplicación de las disposiciones de los subapartados *a*) y *b*) relativas al carácter sustancial de una actividad. Así, estas normas se aplican a los efectos de determinar si una persona cumple los requisitos del subapartado *a*), a saber, que desempeñe una actividad económica y el elemento de renta proceda de ese desempeño, así como para hacer la comparación exigida para determinar el carácter de "sustancial" del apartado *b*). El término "persona relacionada" se define en el apartado 7.

81. Los ejemplos siguientes ilustran la aplicación del apartado 3 en el caso de actividades ejercidas por personas relacionadas:

— Ejemplo A: MATRIZCO es residente de un tercer Estado y es la matriz de TENENCO que, a su vez, es la sociedad matriz de FACO1 y FACO2. FACO1 y TENENCO son residentes de A. FACO2 es residente del Estado B. FACO1 y FACO2 fabrican el mismo producto en sus respectivos Estados de residencia. TENENCO gestiona las inversiones del grupo y no se considera que desempeñe una actividad económica. TENENCO percibe dividendos procedentes de FACO2. En virtud del subapartado *c*), se considera que TENENCO desempeña una actividad económica dado que dirige las actividades de FACO1, que desempeña una actividad económica. Por tanto, se considera a TENENCO como una sociedad que desempeña una actividad económica en el Estado A. Sin embargo, el hecho de que la actividad económica que se le presume a TENENCO sea la misma que la de FACO2 no es suficiente para demostrar que los dividendos pagados por FACO2 están objetivamente relacionados con el desempeño de una actividad económica por parte de TENENCO. Por tanto, dichos dividendos no podrán acogerse, en virtud del apartado 3, a los tipos reducidos del impuesto del artículo 10 del convenio entre los Estados A y B.

— Ejemplo B: ACO es una sociedad residente del Estado A, en el que desempeña una actividad económica de fabricación para el que se requiere una materia prima X. TENENCO, que también es residente del Estado A, es la propietaria de todas las acciones de ACO, como lo es del 100 por cien de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B en el que hay gran disponibilidad de la materia prima X. BCO extrae la materia prima X y se la vende a ACO, quien la utiliza para fabricar los bienes que vende en el mercado libre. Se entiende que TENENCO desempeña una actividad económica ya que, en aplicación del subapartado *c*), se considera que dirige las actividades de ACO. Dado que la actividad económica de BCO es la de ser proveedora de las materias primas que se utilizan en la actividad que se le presume a TENENCO, la actividad de BCO tiene una relación objetiva con la actividad de fabricación que se le presume a TENENCO, los dividendos que BCO paga a TENENCO se considerarán procedentes del desempeño de una actividad económica por TENENCO.

Apartado 4: Beneficios derivados

Versión simplificada

4. Un residente de un Estado contratante que no sea una persona apta, podrá no obstante acogerse a los beneficios que se derivarían de este Convenio en relación con un elemento de renta si, durante al menos la mitad de los días de un plazo de doce meses que comprenda el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, personas que sean beneficiarios equiparables son, directa o indirectamente, propietarias de más del 75 por ciento de las acciones del residente.

Versión detallada

[En los comentarios que siguen se trata la cuestión de cómo debe redactarse el apartado relativo a los beneficios derivados para su inclusión en los convenios que siguen la versión detallada.]

Comentarios al apartado 4 de la versión simplificada

82. El apartado 4 de la versión simplificada establece un criterio de beneficios derivados que puede aplicarse a todos los beneficios del Convenio, aunque debe aplicarse por separado a cada elemento de renta. La aplicación de este criterio permite que sociedades y entidades residentes de un Estado contratante, pero que no sean personas aptas en virtud del apartado 2, puedan acogerse a los beneficios del Convenio en relación con un elemento de renta si, durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprenda el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, personas que respondan a la definición de "beneficiario equiparable" del apartado 7 son propietarias, directa o indirectamente, de al menos el 75 por ciento de las acciones (conforme a la definición dada a este término en el apartado 7) de esa sociedad o entidad. La definición del término "beneficiario equiparable", que es crucial para la aplicación del apartado 4, se refiere básicamente a personas que hubieran tenido derecho a beneficios equivalentes o más favorables en el Estado de la fuente si hubieran recibido directamente esa misma renta (sin perjuicio de las condiciones comprendidas en la definición).

Comentarios al apartado 4 de la versión detallada

83. La forma en la que debe redactarse el apartado relativo a los beneficios derivados en un convenio que sigue la versión detallada, depende de la visión que tengan los Estados con-

tratantes respecto de las posibilidades de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios que pueda generar dicho apartado en relación con residentes de Estados cuyos regímenes tributarios incluyan ciertas características de régimen preferente.

84. Como se señaló en los Comentarios al artículo 1, algunos Estados consideran que los convenios deben incluir disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas respecto de rentas pagadas a personas relacionadas (en el sentido definido en el apartado 7) que se benefician de "regímenes fiscales especiales" (véanse los párrafos 85 a 100 de los Comentarios al artículo 1) y denegar la aplicación del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén deducciones ficticias en relación con los fondos propios (véase el párrafo 107 de los Comentarios al artículo 1). Estos Estados querrán garantizar que las disposiciones sobre beneficios derivados que incluyan en sus convenios no permitan pagos que erosionen la base imponible, efectuados a terceras personas relacionadas, aun cuando cumplan los requisitos para ser consideradas beneficiarios equiparables. Los Estados que compartan este punto de vista querrán adoptar un apartado sobre beneficios derivados redactado como sigue:

> 4. Una sociedad residente de un Estado contratante también tendrá derecho a cogerse a un beneficio previsto en este Convenio si:
>
> *a*) durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprenda el momento en que se hubiera concedido el beneficio, al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de sus acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de siete personas que sean beneficiarios equiparables, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del convenio; y
>
> *b*) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende ese momento, como se determine en el Estado contratante de residencia de la persona, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo)
>
> (i) a personas que no sean beneficiarios equiparables;
>
> (ii) a personas que sean beneficiarios equiparables únicamente por razón del apartado 5 de este artículo o de una disposición sustancialmente similar comprendida en el convenio para evitar la doble imposición de carácter general que resulte de aplicación;
>
> (iii) a personas que sean beneficiarios equiparables a la vez que personas relacionadas con la sociedad descrita en este apartado y que se benefician de un régimen fiscal especial, como se define en [referencia al apartado del convenio que contiene la definición de "régimen fiscal especial"] de este Convenio, en relación con el pago deducible, siempre que, si el convenio para evitar la doble imposición de carácter general que resulte de aplicación no contiene una definición de régimen fiscal especial análoga a la definición dada a ese término en el presente Convenio, los principios que subyacen a esa definición

serán aplicables, pero sin tener en cuenta la condición enunciada en el subapartado (*v*) de esa definición; o

(*iv*) en relación con un pago de intereses, a personas que sean beneficiarios equiparables a la vez que personas relacionadas con la sociedad descrita en este apartado y que se benefician de deducciones ficticias del tipo descrito en [referencia al apartado del artículo 11 relativo a las deducciones ficticias en relación con los fondos propios].

85. Los Estados que no consideren que deban incluirse disposiciones sobre regímenes fiscales especiales y deducciones ficticias en relación con fondos propios, pueden preferir no obstante utilizar la siguiente versión del apartado sobre beneficios derivados:

4. Una sociedad residente de un Estado contratante también tendrá derecho a acogerse a un beneficio previsto en este Convenio si:

a) durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprenda el momento en que se hubiera concedido el beneficio, al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) pertenecen, directa o indirectamente a un máximo de siete personas que sean beneficiarios equiparables, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del convenio; y

b) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende ese momento, como se determine en el Estado contratante de residencia de la persona, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo)

(i) a personas que no sean beneficiarios equiparables; o

(ii) a personas que sean beneficiarios equiparables únicamente por razón del apartado 5 de este artículo o de una disposición similar sustancialmente similar comprendida en el convenio para evitar la doble imposición de carácter general que resulte de aplicación.

86. No obstante, algunos Estados pueden considerar que las disposiciones del apartado sobre beneficios derivados redactadas conforme a la disposición que figura en el párrafo anterior generan riesgos inaceptables de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros en relación con los pagos deducibles en el Estado de la fuente. Además de no conceder beneficios derivados, estos Estados preferirán restringir el ámbito de esa disposición a los dividendos, que generalmente no son deducibles. Los Estados que compartan este criterio son libres de modificar la primera parte de la disposición alternativa, a fin de que exprese lo siguiente:

4. Una sociedad residente de un Estado contratante también tendrá derecho a acogerse a los beneficios previstos en el artículo 10 si:

87. Bien con la redacción que se sugiere en el párrafo 84, o con la del párrafo 85 anteriores, el apartado 4 sobre beneficios derivados prevé un criterio alternativo conforme al que un

residente de un Estado contratante que no es una persona apta de acuerdo con el apartado 2 puede optar a los beneficios del Convenio en relación con ciertos elementos de renta. En general, la aplicación de este criterio conduce a que una sociedad residente de un Estado contratante tenga derecho a los beneficios del Convenio si siete o menos beneficiarios equiparables son los propietarios, directos o indirectos, del 95 por ciento de los derechos de voto del valor de sus acciones y si la sociedad cumple el criterio de no erosión de la base imponible. El requisito de que siete o menos beneficiarios equiparables sean los propietarios, directa o indirectamente, de al menos el 95 por ciento de los derechos de voto y del valor de la sociedad que invoca los beneficios convencionales conforme al apartado 4 pretende evitar la carga administrativa de tener que determinar si un gran número de accionistas son beneficiarios equiparables; también está en línea con el objetivo que persigue el criterio de los beneficios derivados, que es el de conceder los beneficios del Convenio a las sociedades de cartera de los grupos multinacionales en las situaciones previstas en la disposición.

88. El subapartado *a*) enuncia el criterio de propiedad, según el cual siete o menos beneficiarios equiparables deben ser los propietarios, directa o indirectamente, de acciones que representen al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de la sociedad y al menos el 50 por ciento de los de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprenda la fecha en la que se hubieran otorgado los beneficios convencionales. En el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto debe ser un propietario interpuesto que pueda optar a los beneficios del Convenio. La expresión "propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio" se define en el apartado 7 (véanse los párrafos 151 a 154 más adelante); el ejemplo que sigue ilustra la aplicación de esa definición en el contexto del apartado 4:

— Ejemplo: TENENCO, una sociedad residente del Estado A es una filial de la que ZCO es propietaria exclusiva directa, ZCO es una sociedad residente del Estado Z, que a su vez es una filial de la que XCO es propietaria exclusiva y directa. XCO es residente del Estado X. La clase principal de acciones de XCO cotiza principal y regularmente en el mercado de valores del Estado X. TENENCO no tiene derecho a acogerse a los beneficios del convenio entre los Estados A y B, de acuerdo con el apartado 2, por tratarse de una filial de una sociedad residente y cotizada en un tercer Estado. TENENCO no desempeña actividad económica alguna en el Estado A y, por tanto, no tiene derecho a los beneficios del convenio en aplicación del apartado 3. TENENCO percibe intereses procedentes del Estado B, de los que es su beneficiaria efectiva, y respecto a los que hubiera tenido derecho a los beneficios previstos en el artículo 11 del convenio entre los Estados A y B. Supongamos que, en virtud de las disposiciones del convenio relativo al impuesto sobre la renta celebrado entre el Estado B y el Estado X, se considera a XCO como beneficiaria equiparable conforme a la definición dada a este término en el convenio entre los Estados A y B.

  Aunque XCO es la propietaria indirecta de todas las acciones de TENENCO, ZCO, como intermediaria interpuesta, debe responder a la definición de "propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del convenio" del apartado 7 del convenio entre los Estados A y B para que TENENCO pueda optar a los beneficios del artículo 11 del convenio entre los Estados A y B, respecto de los intereses que percibe del Estado B. Si el Estado Z no tiene vigente un convenio de carácter general para

evitar la doble imposición (o si la definición de propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del convenio está redactada como se propone en el párrafo 153 más adelante, si el convenio está en vigor, pero ZCO se beneficia de un régimen fiscal especial o de deducciones ficticias en relación con los fondos propios), ZCO no será un propietario interpuesto que pueda acogerse a los beneficios del convenio y la condición impuesta en el subapartado *a*) no se cumplirá, con lo que TENENCO no podrá beneficiarse, en virtud del apartado 4, de lo dispuesto en el convenio.

89. El subapartado *b*) enuncia el criterio de no erosión de la base imponible aplicable a los efectos del apartado 4. Se trata de un criterio similar en términos generales al de no erosión de la base imponible de la letra (ii) del subapartado *f*) del apartado 2, excepto en que la lista de personas inelegibles es distinta (véase más adelante). El criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *b*) se cumple si

— menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad (y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que incluye la fecha en la que se invocan los beneficios del convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales para calcular el impuesto de la sociedad en su Estado de residencia, y

— menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado (si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que comprende la fecha en la que se invocan los beneficios del convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales para calcular el impuesto de cualquier integrante del grupo analizado en el Estado de residencia de la sociedad que invoca los beneficios del convenio.

90. El apartado 7 incluye la definición de los términos "grupo analizado" y "renta bruta" que se utilizan en el subapartado *b*). El término "personas inelegibles" utilizado en el párrafo anterior se refiere a:

— si el apartado 4 se redacta como se indica en el párrafo 84 anterior, a las personas que no sean beneficiarios equiparables según la definición dada a ese término en el apartado 7, así como a aquellas que, siendo beneficiarios equiparables según dicha definición, estén comprendidas en alguna de las siguientes tres categorías:

  1. que sean beneficiarios equiparables exclusivamente por tratarse de una sede central conforme al apartado 5 de este Convenio o del convenio aplicable;

  2. que sean personas relacionadas (según se define en el apartado 7) con la sociedad que invoca los beneficios del convenio en virtud del apartado 4 y que se benefician de un régimen fiscal especial respecto del pago, o

  3. respecto de un pago de intereses, aquellas que sean personas relacionadas (según se define en el apartado 7) con la sociedad que invoca los beneficios del convenio en virtud del apartado 4 y que se benefician de deducciones ficticias en relación con fondos propios.

— Si el apartado 4 se redacta como se indica en el párrafo 85 anterior, a las personas que no sean beneficiarios equiparables conforme a la definición dada a ese término

en el apartado 7, así como a las personas que sean beneficiarios equiparables conforme a esa definición exclusivamente por tratarse de una sede central conforme al apartado 5 de este Convenio o del convenio aplicable.

91. El ejemplo siguiente ilustra el criterio de no erosión de la base imponible del apartado 4:

— Ejemplo: la Sociedad X, residente del Estado X, es la propietaria de la Sociedad Y, residente del Estado Y. La sociedad Y es propietaria de la Sociedad B, residente del Estado B que invoca los beneficios del convenio entre los Estados A y B en virtud del apartado 4. La Sociedad X es una beneficiaria equiparable y la Sociedad Y es una propietaria interpuesta que puede acogerse a los beneficios del convenio conforme a las definiciones de estos términos enunciadas en el apartado 7 del convenio entre los Estados A y B. Por consiguiente, la Sociedad B satisfará el criterio de propiedad del subapartado *a*) ya que, en primer lugar, la Sociedad X, una beneficiaria equiparable, posee indirectamente acciones que representan al menos el 95 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de la Sociedad B y al menos el 50 por ciento de las acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios (conforme a la definición del apartado 7) y, en segundo lugar, cada propietaria interpuesta (es decir, la Sociedad Y) es una propietaria interpuesta que puede acogerse a los beneficios del convenio.

La renta bruta de la Sociedad B correspondiente al periodo imponible considerado es de intereses por valor de 100 procedentes del Estado A y dividendos por valor de 200 procedentes de un tercer Estado, que están exentos de imposición en virtud de la legislación del Estado B. La Sociedad B invoca los beneficios del convenio en relación con los 100 de intereses. En virtud de la legislación del Estado B, la Sociedad B, la Sociedad Y y la Sociedad X, no pueden participar de un régimen de consolidación fiscal u otro que permita a estas tres sociedades compartir beneficios o perdidas, y tampoco tienen a su disposición ningún régimen que les permita compartir sus pérdidas. Por tanto, en este ejemplo, no se trata de un grupo analizado. La renta bruta de la Sociedad B es 100 (los intereses procedentes del Estado A). La Sociedad B no satisfará el criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *b*) si realiza pagos erosionadores de la base por valor de al menos 50 a favor de personas inelegibles en el sentido de los apartados anteriores.

Apartado 5 (versión detallada): sede central

Únicamente versión detallada

5. Una sociedad residente de un Estado contratante que ejerza las funciones de sede central para un grupo multinacional compuesto por esa sociedad y sus filiales directas e indirectas, tendrá derecho a acogerse a los beneficios del Convenio en relación con los dividendos y los intereses pagados por los integrantes del grupo multinacional, independientemente de que la residente sea o no una persona apta. Se considerará que una sociedad es una sede central a estos efectos únicamente si:

a) la sede principal de dirección y control de la sociedad está situada en el Estado contratante del que ella es residente;

b) el grupo multinacional está compuesto por sociedades residentes de al menos cuatro Estados en los que desempeñan una actividad económica y las actividades económicas desempeñadas en

cada uno de los cuatro Estados (o cuatro agrupaciones de Estados) generan al menos el 10 por ciento de la renta bruta del grupo;

c) las actividades económicas del grupo de empresas multinacionales que se llevan a cabo en cualquier otro Estado distinto del Estado contratante de residencia de dicha sociedad generan menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo;

d) la renta bruta que procede del otro Estado contratante no supera el 25 por ciento de la renta bruta de la sociedad;

e) dicha sociedad está sujeta a las mismas normas relativas a la imposición de las rentas en su Estado de residencia que las personas descritas en el apartado 3 de este artículo; y

f) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a los efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes o los pagos relativos a las obligaciones financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad, y en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2.

Cuando no se cumplan los criterios de los subapartados *b*), *c*) o *d*) de este apartado respecto del periodo impositivo en cuestión, se considerarán cumplidos si los porcentajes determinados se cumplen calculando la renta bruta media de los cuatro periodos impositivos anteriores.

Comentarios al apartado 5 de la versión detallada

92. El apartado 5 ofrece un criterio alternativo conforme al cual un residente de un Estado contratante que sea una sede central y que no sea una persona apta en el sentido del apartado 2 puede acogerse a los beneficios del convenio respecto de los dividendos e intereses pagados por miembros del grupo de empresas multinacionales. Por "grupo multinacional de la sede central" se entiende la sociedad y sus filiales directas en indirectas (y no incluye a las sociedades que se sitúan en niveles superiores).

93. Una sociedad que invoque su derecho a acogerse a los beneficios del convenio como sede central debe cumplir seis condiciones. La primera, conforme al subapartado *a*), la sede principal de dirección y control de la sociedad, conforme a la definición dada en el apartado 7, tiene que estar situada en el Estado contratante del que ella es residente. Este mismo criterio se aplica a las sociedades cotizadas. La letra (ii) de la definición del término "sede principal de dirección y control" ofrece la posibilidad de que, en unos casos limitados, la dirección de un subgrupo (por ejemplo, un subgrupo responsable de un área geográfica) pueda ejercerla una sociedad que no sea una sociedad de primer nivel para todo el grupo de empresas relacionadas, y en algunos casos muy precisos, una sociedad de nivel inferior puede satisfacer el criterio de sede central.

94. La segunda, según el subapartado *b*), exige que el grupo multinacional esté compuesto por sociedades residentes de al menos cuatro Estados (incluidos cualquiera de los Estados contratantes), en los que tienen que desempeñar una actividad económica (tal como se define en el apartado 3) y esa actividad ejercida en cada uno de los cuatro Estados (o cuatro agrupaciones de Estados) tiene que generar al menos el 10 por ciento de la renta bruta del grupo. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de este criterio:

— Ejemplo: la Sociedad X, residente del Estado X, es miembro de un grupo de empresas multinacionales integrado por ella misma y sus filiales directas e indirectas residentes de los Estados X, A, B, C, D, E y F. La renta bruta que genera cada una de ellas en los años 01 y 02 es como siguen:

Estado	Año 01	Año 02
X	45	60
A	25	12
B	10	20
C	10	12
D	7	10
E	10	9
F	5	7
Total	112	130

En el año 01, el 10 por ciento de la renta bruta de este grupo es 11.20. Únicamente las sociedades de los Estados X y A satisfacen el requisito del subapartado *b*) en ese año. Es posible reagrupar los otros Estados para cumplir el requisito. Dado que el importe total de renta bruta generada en los Estados B y C es de 20, y que el importe total de la renta bruta generada en los Estados D, E y F es de 22, estas dos agrupaciones de países pueden considerarse como los miembros tercero y cuarto del grupo a los efectos del subapartado *b*).

En el año 02, el 10 por ciento de la renta bruta es 13. Únicamente las sociedades de los Estados X y B satisfacen este requisito. Dado que el importe total de la renta bruta generada en los Estados A y C es de 24, y que el importe total de la renta bruta del grupo generada en los Estados D, E y F es de 26, estas dos agrupaciones de países pueden considerarse como el tercer y cuarto miembros del grupo a los fines del subapartado *b*). El hecho de que el Estado A haya reemplazado al Estado B en la agrupación no tiene efectos a estos fines. La composición de la agrupación puede variar cada año.

95. La tercera, enunciada en el subapartado *c*), conforme a la que las actividades económicas del grupo de empresas multinacionales que se llevan a cabo en cualquier otro Estado distinto del Estado contratante de residencia de dicha sociedad, tienen que generar menos del 50 por ciento de la renta bruta (según se define en el apartado 7) del grupo. Una sociedad cuyo grupo de empresas multinacionales genere el 50 por ciento o más de la renta bruta del grupo en el Estado contratante de la fuente no cumple esta condición.

96. La cuarta, descrita en el subapartado *d*), exige que no más del 25 por ciento de la renta bruta de la sociedad proceda del otro Estado contratante. A diferencia de la tercera condición, descrita en el párrafo anterior, esta condición atiende únicamente a la renta bruta percibida por la sociedad que invoca su condición de sede central, y no a la renta bruta percibida por los miembros de su grupo de empresas multinacionales.

97. La quinta, enunciada en el subapartado *e*), exige que la sociedad esté sujeta a las mismas normas relativas a la imposición de las rentas en su Estado contratante de residencia

que las personas descritas en el apartado 3. Por tanto, dicha sociedad debe estar sujeta a las normas generales del impuesto sobre la renta de sociedades aplicables a las sociedades que desempeñan una actividad económica en el Estado contratante de residencia, y no a un régimen de sede.

98. La sexta condición, prevista en el subapartado *f*), determina que la sociedad debe satisfacer un criterio de no erosión de la base imponible similar, en términos generales, al que se enuncia en la letra (ii) del subapartado *f*) del apartado 2, excepto en que los pagos erosionadores de la base no incluyen los relativos a las obligaciones financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad. Por ejemplo, a diferencia del criterio de no erosión de la base imponible que figura en el subapartado *f*) del apartado 2, los intereses pagados por una sociedad a un banco que no sea una persona relacionada con esta no se considerarán como pagos erosionadores de la base a los efectos de aplicar el criterio de no erosión de la base imponible del apartado 5. El apartado 7 contiene las definiciones de los términos "grupo analizado" y "renta bruta" utilizados a los fines de este criterio de no erosión de la base imponible.

99. Como se señaló en el párrafo 33 más arriba, aplicable al criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *d*) del apartado 2, los Estados que quieran denegar la aplicación de ciertas disposiciones convencionales específicas respecto de rentas pagadas a personas relacionadas que se benefician de regímenes que constituyen "regímenes fiscales especiales" y denegar la aplicación del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones de leyes fiscales internas que prevén una deducción ficticia en relación con los fondos propios, pueden querer modificar también el criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *f*) a fin de incluir en la categoría de "personas inelegibles" aquellas que, si bien son residentes de uno de los Estados contratantes, se benefician de regímenes fiscales especiales o de deducciones ficticias en relación con pagos deducibles que perciben o devengan. Este efecto puede lograrse modificando el subapartado *f*) como sigue:

> *f*) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia efectuados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes o los pagos relativos a las obligaciones financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo):
>
> (i) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes, con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), c) o *e*) del apartado 2;
>
> (ii) a personas que sean personas relacionadas con esta sociedad y que se benefician de un régimen fiscal especial en el sentido de [referencia al apartado del Convenio que incluye la definición de "régimen fiscal especial"], respecto del pago deducible; o
>
> (iii) en relación con un pago de intereses, a personas que sean personas relacionadas con la sociedad a la que se refiere en este apartado y que se benefician de las deducciones ficticias descritas en [referencia al apartado del artículo 11 relativo a las deducciones ficticias en relación con los fondos propios];

100. El cumplimiento de la sexta condición del apartado 5 debe verificarse en relación con el ejercicio fiscal en que la sociedad percibió los dividendos o los intereses para los que invoca los beneficios del Convenio. Una sociedad que no satisfaga las condiciones segunda, terce-

ra o cuarta antes descritas, en el ejercicio fiscal considerado, puede seguir siendo considerada como una sede central si satisface esas condiciones promediando las ratios correspondientes de los cuatro periodos impositivos anteriores (excluyendo el periodo impositivo que comprende el pago para el que se buscan los beneficios del convenio).

Apartado 5 (versión simplificada) / 6 (versión detallada): concesión discrecional de beneficios

Versiones simplificada y detallada

5/6. Si un residente de un Estado contratante no fuera una persona apta conforme a las disposiciones del apartado 2 de este artículo, ni tuviera derecho a los beneficios en virtud de los apartados 3 [o 4 (versión simplificada)] [, 4 o 5 (versión detallada)], las autoridades competentes del Estado contratante en el que se deniega el beneficio en virtud de las disposiciones precedentes de este artículo, podrán concederle no obstante los beneficios de este Convenio, o beneficios relativos a un elemento de renta o de patrimonio concretos, teniendo en cuenta el objeto y los propósitos del Convenio, pero únicamente si dicho residente demuestra satisfactoriamente a dichas autoridades competentes que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni su forma de operar, tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio. La autoridad competente del Estado contratante a la que un residente del otro Estado contratante haya planteado una solicitud al amparo de este apartado, consultará con la autoridad competente de ese otro Estado antes de aceptar o desestimar dicha solicitud.

Comentarios al apartado 5 (versión simplificada) / 6 (versión detallada)

101. El apartado 5 de la versión simplificada y el apartado 6 de la versión detallada establecen que, cuando un residente de uno de los Estados contratantes no pueda acogerse a los beneficios del Convenio conforme a los apartados precedentes del artículo, ese residente puede solicitar a la autoridad competente del Estado en el que se le deniegan en aplicación de esos apartados, que le conceda tales beneficios. La única diferencia entre las versiones simplificada y detallada es la mención a los párrafos del artículo en virtud de los que se hubieran concedido los beneficios del Convenio.

102. Una vez planteada una solicitud en virtud del apartado 5 (versión simplificada) o del apartado 6 (versión detallada), la autoridad competente destinataria de la solicitud podrá conceder los beneficios del Convenio, o beneficios relativos a un elemento de renta o de patrimonio concretos, teniendo en cuenta el objeto y los propósitos de este Convenio, pero únicamente si la persona que plantea la solicitud demuestra satisfactoriamente a dichas autoridades competentes que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni su forma de operar, tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio. Por tanto, los beneficios del Convenio no se concederán en aplicación de este apartado a personas que emprendan sus actividades en uno de los Estados contratantes teniendo como uno de sus propósitos principales la obtención de tales beneficios.

103. Para poder acceder a los beneficios del Convenio en virtud de este apartado, la persona debe demostrar satisfactoriamente a las autoridades competentes del Estado al que se los reclama, que existen motivos empresariales claros, distintos de los fiscales, que justifican su constitución, adquisición o mantenimiento y su forma de operar y, en segundo lugar, que la

concesión de estos beneficios no es contraria al objeto y los propósitos del Convenio. Para determinar que ni la constitución, la adquisición o el mantenimiento, ni la forma de operar de un residente de un Estado contratante tuvieron entre sus principales propósitos la obtención de los beneficios del Convenio, uno de los factores que tendrán por lo general en cuenta las autoridades competentes es si el residente tiene o no un vínculo sustancial, de naturaleza no fiscal, con el Estado de residencia. Por ejemplo, en el caso de una filial residente cuya sociedad matriz resida en un tercer Estado, el hecho de que el tipo de retención previsto en el Convenio sea al menos tan bajo como el tipo de retención que correspondería conforme al convenio relativo al impuesto sobre la renta entre el Estado de la fuente y el tercer Estado, no es prueba suficiente por sí mismo de vinculación o relación con el otro Estado contratante. Del mismo modo, la relación o vinculación con el Estado signatario del Convenio no puede determinarse sobre la base de la voluntad de beneficiarse de la legislación interna favorable de ese Estado, lo que incluye la existencia de una red de convenios tributarios.

104. Del mismo modo, estos beneficios discrecionales no se concederán si el beneficio invocado puede generar un impuesto mínimo o inexistente sobre un elemento de renta a la vez en el Estado de residencia del solicitante y en el Estado de la fuente, teniendo en cuenta las legislaciones internas de ambos Estados contratantes así como las disposiciones y el objeto y los propósitos del Convenio. Por ejemplo, puede ocurrir una doble no imposición cuando se recurra a un instrumento híbrido que genere una deducción en el Estado de la fuente mientras que el Estado de residencia considere exenta la renta procedente de ese instrumento. Por otro lado, el hecho de que el impuesto sea mínimo o inexistente en ambos Estados puede no ser incompatible con el objeto y los propósitos del Convenio en el caso de dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado a una sociedad residente del otro Estado que es propietaria de una parte sustancial de las acciones de la sociedad pagadora, cuando las disposiciones del Convenio muestren que los Estados contratantes han querido que estos dividendos estén sujetos a baja o nula tributación en ambos Estados.

105. Aunque es imposible ofrecer una lista detallada de todos los hechos y circunstancias que pudieran ser pertinentes para la aplicación del apartado, pueden citarse como ejemplos el historial, la estructura, la propiedad o las operaciones de la persona residente que presenta la petición, si ésta es una entidad de larga tradición, adquirida recientemente por personas no residentes por motivos distintos de los fiscales, si la residente desempeña una actividad económica sustancial, si la renta de la residente para la que se solicitan los beneficios está sujeta a doble imposición y si el establecimiento o uso de la residente genera una no imposición o una imposición reducida sobre la renta.

106. La expresión “entre sus principales propósitos” del apartado significa que la obtención de los beneficios de un convenio no puede ser ni el único propósito ni uno de los principales para la constitución, la adquisición o el mantenimiento de una persona o de su modo de operar. Será suficiente con que al menos uno de los propósitos principales fuera la obtención de dichos beneficios. Cuando la autoridad competente concluya que, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, la obtención de los beneficios del Convenio no fue uno de los motivos fundamentales, ni hubiera justificado la constitución, adquisición o mantenimiento de la persona, ni su forma de operar, podrá conceder a dicha persona esos beneficios, o aquellos relativos a un elemento de renta o patrimonio concretos. No obstante, cuando la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona o su modo de operar se lleven a cabo con el propósito de obtener beneficios similares en virtud de varios convenios,

no debe entenderse que la obtención de los beneficios en virtud de otros convenios impide considerar que la obtención de un beneficio en virtud de un convenio era uno de los propósitos principales de estas operaciones.

107. Aunque normalmente el residente de un Estado contratante presentará la solicitud a la que se refiere el apartado ante la autoridad competente del otro Estado contratante, puede haber casos en los que el residente solicite la concesión del beneficio a la autoridad competente de su propio Estado de residencia. Así ocurre en los casos en que es el Estado de residencia quien ha de conceder los beneficios solicitados, como por ejemplo los previstos en los artículos 23 A y 23 B en materia de eliminación de la doble imposición.

108. El apartado otorga una amplia discrecionalidad a la autoridad competente y, siempre y cuando la autoridad ejerza esta potestad discrecional de conformidad con los requisitos previstos en el apartado, no podrá considerarse que la decisión de la autoridad es una acción conducente a una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio (véase el apartado 1 del artículo 25). No obstante, el apartado exige a la autoridad competente que valore todos los hechos y circunstancias pertinentes antes de tomar una decisión, requiriéndole además que consulte con la autoridad competente del otro Estado contratante antes de conceder o denegar la solicitud de otorgamiento de los beneficios presentada por un residente del otro Estado. La primera exigencia busca garantizar que la autoridad examine cada solicitud de forma individualizada, mientras que la segunda pretende garantizar que las autoridades traten casos similares de forma coherente y que sean capaces de justificar su decisión atendiendo a los hechos y circunstancias del caso concreto. No obstante, este proceso de consulta no obliga a la autoridad competente destinataria de la solicitud a obtener la aquiescencia de la autoridad competente consultada.

109. La autoridad competente a la que se ha presentado una solicitud en virtud del apartado puede conceder los beneficios, pero tendrá entonces que conceder al contribuyente solicitante todos los beneficios del Convenio, o solo algunos de ellos. Por ejemplo, puede conceder los beneficios únicamente respecto de un elemento de renta concreto de forma similar a como hace el apartado 3. Además, la autoridad competente puede establecer condiciones, como por ejemplo un límite temporal, en el disfrute de la desgravación concedida.

110. La solicitud para que la autoridad competente adopte la decisión prevista en el apartado puede presentarse antes (por ejemplo, mediante la petición de una resolución administrativa previa) o después de la constitución, adquisición o mantenimiento de la persona para la que se hace la solicitud. No obstante, la solicitud tiene que presentarse antes de invocar los beneficios del Convenio. Si la autoridad competente determina que se van a conceder esos beneficios, lo esperable es que se concedan de forma retroactiva hasta el momento en que haya ocurrido el primero de los siguientes hechos: la entrada en vigor de la disposición en cuestión, o la constitución o adquisición de la persona para la que se planteó la solicitud, suponiendo que todos los hechos y circunstancias del caso justifiquen la concesión retroactiva de los beneficios.

111. La autoridad competente que reciba la solicitud prevista en el apartado deberá tramitarla con la mayor celeridad posible.

112. La publicación por parte de los Estados del perfil de casos que consideran que pueden optar a la concesión discrecional, y los que no, podrá ser útil con vistas a evitar peticiones infundadas y a controlar las repercusiones sobre los recursos de la Administración. No obs-

tante, los requerimientos administrativos que los Estados contratantes impongan a los solicitantes no deben resultar disuasorios para la presentación de solicitudes en los casos en que exista una expectativa razonable de demostrar a las autoridades competentes que deben concederse los beneficios.

Apartado 6 (versión simplificada) / 7 (versión detallada): Definiciones

Definiciones (preámbulo)

Versiones simplificada y detallada

6/7. A los efectos de este apartado y de los apartados previos de este artículo.

113. Los apartados 6 de la versión simplificada y 7 de la versión detallada incluyen una serie de definiciones que son aplicables a los efectos tanto de esos mismos apartados como de los apartados previos del artículo. Estas definiciones complementan las definiciones incluidas en los artículos 3, 4 y 5 del Convenio, que se aplican a todo el Convenio.

El término "mercado de valores reconocido"

Versión simplificada

a) el término "mercado de valores reconocido" significa:

(i) un mercado de valores constituido y regulado como tal conforme a la legislación de cualquiera de los Estados contratantes; y

(ii) cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados contratantes;

Versión detallada

a) el término "mercado de valores reconocido" significa:

(i) [listado de los mercados de valores acordados en el momento de la firma]; y

(ii) cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados contratantes;

Comentarios a la definición del término "mercado de valores reconocido" en la versión simplificada

114. La letra (i) de la definición del término "mercado de valores reconocido" en la versión simplificada se aplica a todos los mercados de valores constituidos y regulados como tal conforme a la legislación de cualquiera de los Estados contratantes. Esta descripción general no precisa la inclusión de un listado de mercados de valores constituidos en cada uno de estos Estados.

115. La letra (ii) de la definición permite a las autoridades competentes acordar tratar a otros mercados de valores como "mercados de valores reconocidos" a los efectos de los apartados 1 a 6 del artículo. La posibilidad de tratar mercados de valores constituidos en terceros Estados como "mercados de valores reconocidos" tiene en cuenta el hecho de que la globali-

zación de los mercados financieros y la dominancia de algunos grandes centros financieros han posibilitado que las acciones de muchas sociedades cotizadas se negocien en más de un mercado de valores y en mercados de valores constituidos fuera de los Estados contratantes. El acuerdo al que se refiere la letra (*ii*) puede alcanzarse durante la negociación del Convenio o en cualquier momento posterior. Los párrafos 117 y 119 más adelante contienen explicaciones complementarias sobre la aplicación de la definición del término "mercado de valores reconocido" a mercados de valores constituidos fuera de los Estados contratantes.

Comentarios a la definición del término "mercado de valores reconocido" en la versión detallada

116. La definición de "mercado de valores reconocido" en la versión detallada incluye en la letra (*i*), aquellos mercados de valores acordados por ambos Estados contratantes en el momento de firma del Convenio. Si bien se tratará generalmente de aquellos mercados de valores constituidos en los Estados contratantes en los cuales cotizan las acciones de sociedades y entidades cotizadas residentes de estos Estados, no es necesario que los mercados de valores identificados en esta definición estén constituidos en alguno de los Estados contratantes. Con ello se tiene en cuenta que la globalización de los mercados financieros y la dominancia de algunos grandes centros financieros han posibilitado que las acciones de muchas sociedades cotizadas se negocien en más de un mercado de valores y en mercados de valores constituidos fuera de los Estados de residencia de estas sociedades.

117. El listado que se incluirá en la letra (*i*) puede incluir el nombre de mercados de valores específicos, pero también puede incluir una descripción genérica de un cierto número de mercados de valores que constituirían cada uno un "mercado de valores reconocido". Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, esa descripción genérica podría ser "todo mercado de valores inscrito ante la *U.S. Securities and Exchange Commission* en tanto que mercado nacional de valores en virtud de la *U.S. Securities Exchange Act* (Ley reguladora del mercado de valores) de 1934. Si los Estados contratantes desean abarcar los mercados bursátiles de la Unión Europea, oficialmente reconocidos como tales, esa descripción genérica podría ser "todo mercado de valores constituido en los Estados miembros de la Unión Europea o en los Estados que sean parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y que estén regulados por la Directiva Europea relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva 2004/39/CE, con sus modificaciones) u otra Directiva que la sustituya".

118. La letra (*ii*) de la definición permite que las autoridades competentes de los Estados contratantes complementen, a través de un acuerdo ulterior, la lista de mercados de valores identificados en la definición en el momento de la firma del Convenio.

119. Los mercados de valores que se incluyan en la definición serán los que impongan requisitos de cotización capaces de garantizar que las acciones de las entidades que cotizan en él se negocien de manera efectiva en dicho mercado. Deberán tenerse en cuenta los siguientes factores a la hora de decidir si un mercado de valores debe incluirse en la lista de la definición o añadirse posteriormente mediante el acuerdo entre autoridades competentes al que se refiere el párrafo anterior:

— ¿Cuáles son los requisitos/estándares exigidos a una sociedad para que pueda cotizar en el mercado de valores?

— ¿Cuáles son los requisitos/estándares exigidos a una sociedad para mantener su cotización en el mercado de valores, incluyendo los estándares mínimos financieros?

— ¿Cuáles son los requisitos exigidos a las sociedades que cotizan en el mercado de valores en materia de comunicación de información o de declaración anual/provisional?

— ¿Cuál es el volumen de acciones que se negocia durante un año en el mercado de valores?

— ¿Las normas que regulan el mercado de valores garantizan una negociación activa de los valores cotizados? En caso afirmativo ¿cómo?

— ¿Las sociedades que cotizan en el mercado de valores están obligadas a revelar con regularidad información financiera e información sobre hechos que puedan tener un impacto significativo en su situación financiera?

— ¿Está disponible públicamente la información sobre el volumen de negociación de valores y el accionariado general de las sociedades que cotizan en el mercado de valores?

— ¿Impone el mercado de valores algún requisito en cuanto al tamaño mínimo, por ejemplo, un requisito mínimo de capitalización o de número de empleados, a aquellas sociedades que cotizan en él?

— ¿Impone el mercado de valores un porcentaje mínimo de titularidad pública? En caso afirmativo ¿cuál es la cifra mínima?

— Para que una sociedad pueda cotizar en el mercado de valores, ¿se exige que sus acciones sean libremente negociables y estén abonadas en su totalidad?

— ¿Está obligado el mercado de valores a revelar los precios de cotización de las sociedades que cotizan en él en un plazo determinado?

— ¿Está el mercado de valores regulado o supervisado por una autoridad gubernamental del país en el que está situado?

— [En caso de que se incorpore un nuevo mercado de valores a una lista preexistente:] ¿Por qué una sociedad preferiría cotizar en este nuevo mercado de valores en lugar de hacerlo en otro, incluidos aquéllos que ya son "mercados de valores reconocidos" conforme al Convenio? Por ejemplo ¿existen menos requisitos de gobernanza corporativa o de comunicación de información financiera?

— [En el caso de que se incorpore un nuevo mercado de valores a una lista preexistente:] ¿Proporciona el nuevo mercado de valores un medio de captación de capital más eficiente? En caso afirmativo ¿por qué?

El término "acciones"

Versiones simplificada y detallada

b) en relación con las entidades distintas de las sociedades de capital, el término "acciones" significa las participaciones análogas a las acciones;

Comentario a la definición de "acciones" en las versiones simplificada y detallada

120. El artículo, en sus versiones simplificada y detallada, carece de una definición exhaustiva del término "acciones", que, conforme al apartado 2 del artículo 3, deberá tener el significado que en ese momento le atribuya la legislación interna del Estado que esté aplicando el artículo. Sin embargo, el subapartado *b*) prevé que el término "acciones", utilizado en relación con entidades que no las emiten (por ejemplo, los fideicomisos), se refiere a las participaciones análogas a las acciones. Este sería el caso de los derechos de participación en los beneficios que dan derecho a sus titulares a una parte de las rentas o de los activos de la entidad.

El término "clase principal de acciones"

Versión simplificada

c) el término "clase principal de acciones" significa la clase o clases de acciones de una sociedad o entidad que representan la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad;

Versión detallada

c) el término "clase principal de acciones" significa las acciones comunes u ordinarias de la sociedad o entidad, siempre y cuando dicha clase de acciones represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad. Si ninguna clase de acciones comunes u ordinarias representa por sí sola la mayoría del derecho de voto y del valor de la sociedad o entidad, se entenderá por "clase principal de acciones" aquellas clases de acciones cuya suma represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales;

Comentarios a la definición de "clase principal de acciones" en la versión simplificada

121. La definición del término "clase principal de acciones" de la versión simplificada se corresponde, en términos generales, con la definición incluida en la versión detallada si bien, en lugar de tratar expresamente el caso de que ninguna clase de acciones comunes u ordinarias represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad, aborda esta cuestión utilizando la expresión "clase o clases de acciones".

Comentarios a la definición de "clase principal de acciones" en la versión detallada

122. La definición del término "clase principal de acciones" de la versión detallada se refiere a las acciones comunes u ordinarias de una sociedad o entidad, pero solo si dichas acciones representan la mayoría tanto de los derechos de voto como del valor de la sociedad o entidad. Si una sociedad o entidad solo tiene una clase de acciones, ésta constituirá, como es natural, su "clase principal de acciones". Si una sociedad o entidad tiene más de una clase de acciones, será necesario establecer cuál o cuáles de ellas constituyen la "clase principal de acciones", que será aquella clase, o combinación de clases de acciones, cuya suma represente la mayoría de los derechos de voto y del valor de la sociedad. Si una sociedad o entidad no tiene ninguna clase de acciones comunes u ordinarias que represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales, su "clase principal de acciones" será cualquier combinación de clases de acciones, cuya suma represente la mayoría de los derechos de voto y del valor de la sociedad o entidad. Aunque en el caso concreto de sociedades con múltiples clases de accio-

nes, cabe la posibilidad de que exista más de un grupo de clases de acciones que puedan identificarse como representativas de la mayoría del total de los derechos de voto y del valor de la sociedad, en esos casos será suficiente con identificar un único grupo de acciones que cumpla las condiciones previstas en el subapartado *c*) del apartado 2 para que dicha sociedad pueda acogerse a los beneficios del Convenio conforme a dicha disposición (no se denegarán los beneficios a la sociedad o entidad aun cuando se pueda identificar un segundo grupo de acciones que represente la mayoría del total de los derechos de voto y del valor de la sociedad o entidad pero que no satisfagan las condiciones del subapartado *c*) del apartado 2).

123. En unos pocos Estados, ciertas sociedades cotizadas se rigen por una alianza estratégica entre dos sociedades cotizadas en bolsa, y esos Estados pueden querer abordar expresamente la situación de estas sociedades a fin de que no se las deniegue inadvertidamente los beneficios de los convenios a causa de la definición del término "clase principal de acciones". La expresión "alianza estratégica entre dos sociedades cotizadas en bolsa" se refiere a un acuerdo, adoptado por ciertas sociedades cotizadas, que refleja una puesta en común en la dirección, en sus operaciones, en los derechos de los accionistas, en sus propósitos y misión, a través de una serie de acuerdos entre dos sociedades matrices, manteniendo cada una de ellas su propia cotización en bolsa, junto con disposiciones especiales en sus respectivos estatutos sociales, incluyendo en algunos casos, por ejemplo, la emisión de acciones con derechos especiales de voto. Conforme a estas estructuras, la posición de los accionistas de la sociedad matriz es, en la medida de lo posible, la misma que si lo fueran de una única sociedad, con los mismos derechos a dividendos y los mismos derechos a participar en los activos de las sociedades que forman parte de la alianza estratégica en caso de ser liquidadas. Los Estados que deseen abordar la situación de estas sociedades podrán querer incluir la frase siguiente a la definición de "clase principal de acciones":

> En el caso de una sociedad que participe en una alianza estratégica entre dos sociedades cotizadas, la clase principal de acciones se determinará tras excluir las acciones con derechos especiales de voto emitidas a los fines de crear esa alianza estratégica.

124. Esta frase adicional se complementaría añadiendo la definición que sigue del concepto "alianza estratégica entre dos sociedades cotizadas"

> la expresión "alianza estratégica entre dos sociedades cotizadas en bolsa" se refiere a un acuerdo conforme al cual dos sociedades cotizadas, aunque manteniendo personalidades jurídicas, accionariado y cotización separados, alinean su dirección estratégica y los intereses económicos de sus respectivos accionistas a través:
>
> (*i*) del nombramiento de un consejo de administración común (o casi idéntico), salvo cuando los requisitos regulatorios lo impidan;
>
> (*ii*) dirección unificada de las operaciones de ambas sociedades;
>
> (*iii*) distribución equitativa de beneficios a los accionistas de acuerdo con una ratio de equiparación entre las dos sociedades, incluyendo el supuesto de liquidación de una o ambas sociedades;
>
> (*iv*) votación de los accionistas de ambas sociedades como un único órgano decisorio en aquellas cuestiones sustanciales que afecten a sus intereses comunes; y
>
> (*v*) garantías recíprocas, o apoyo financiero equivalente, para las obligaciones materiales u operaciones de cada una, salvo en los casos en que los requisitos regulatorios impidan dichas garantías o apoyo financiero.

125. Sin embargo, otros Estados preferirán no incluir en el artículo ninguna referencia específica a estas alianzas estratégicas entre dos sociedades cotizadas a causa de las dudas que puedan surgir respecto del uso de acuerdos similares con fines de evasión fiscal, por lo que preferirán tratar estas alianzas estratégicas legítimas individualmente y mediante las restantes disposiciones del artículo, incluida la disposición del apartado 6 relativa a la concesión discrecional de beneficios.

El término "personas relacionadas"

Versiones simplificada y detallada

d) dos personas serán "personas relacionadas" si una de ellas posee directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) u otra persona posee, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) en cada una de ellas. En todo caso, una persona estará relacionada con otra si, sobre la base de los hechos y circunstancias pertinentes, una tiene el control sobre la otra o ambas están bajo el control de una misma persona o personas.

Comentarios a la definición de "personas relacionadas" en las versiones simplificada y detallada

126. El término "personas relacionadas" se utiliza en el apartado 3 de la versión simplificada y en varias ocasiones en la versión detallada. Aunque la definición es bastante similar a la del término "estrechamente vinculadas" usado en el artículo 5, la principal diferencia entre estos términos es que el hecho de ser propietario directa o indirectamente de exactamente el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios puede implicar que esa persona está "relacionada" con otra, mientras que la definición de "estrechamente vinculadas" exige una propiedad directa o indirecta de más del 50 por ciento de esos derechos sobre sus beneficios.

127. Como se señaló en el párrafo 33 más arriba, algunos Estados consideran que deben incluir en sus convenios disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas respecto de rentas pagadas a personas relacionadas que se benefician de regímenes que constituyen "regímenes fiscales especiales" (véanse los párrafos 85 a 100 de los Comentarios al artículo 1) y denegar la aplicación del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén una deducción ficticia en relación con los fondos propios (véase el párrafo 107 de los Comentarios al artículo 1). Si estas disposiciones se integran en un Convenio, los Estados contratantes pueden considerar más apropiado incluir la definición de "persona relacionada" en el artículo 3, que contiene las definiciones aplicables a la totalidad del Convenio.

El término "beneficiario equiparable"

Versión simplificada

e) el término "beneficiario equiparable" se refiere a toda persona que pueda acogerse, respecto de un elemento de renta, a un beneficio concedido por un Estado contratante de acuerdo con su le-

gislación interna, este Convenio o cualquier otro instrumento internacional que sea equivalente o más favorable que el previsto por este Convenio para ese elemento de renta. A los efectos de determinar si una persona es un beneficiario equiparable respecto de los dividendos que perciba una sociedad, se considerará que esa persona es una sociedad y que es titular del mismo patrimonio de la sociedad que distribuye los dividendos que la sociedad que invoca el beneficio respecto de los dividendos.

Versión detallada

e) el término "beneficiario equiparable" significa:

(i) un residente de cualquier Estado, siempre y cuando:

A) ese residente tenga derecho a acogerse a todos los beneficios de un convenio de doble imposición de carácter general suscrito entre ese Estado y el Estado contratante ante el que se invocan los beneficios de este Convenio, conforme a disposiciones sustancialmente similares a las recogidas en los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2 o, cuando el beneficio que se invoca se refiera a intereses o dividendos pagados por un miembro de un grupo de sociedades multinacionales del que forma parte el residente, que ese residente pueda acogerse a los beneficios en virtud de disposiciones sustancialmente similares al apartado 5 de este artículo recogidas en ese convenio, siempre que, en ausencia de un artículo detallado de limitación de beneficios en ese convenio, este se aplique como si incluyera las disposiciones de los subapartados *a*), *b*), *c*) y *e*) del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de los criterios previstos en esos subapartados); y

B) 1) respecto de la renta a la que se refieren los artículos 10, 11 o 12, si el residente hubiera recibido dichas rentas directamente, hubiera podido acogerse en virtud de tal convenio, de una disposición del derecho interno o de un acuerdo internacional, a un tipo de gravamen aplicable a esa renta para la que se invocan los beneficios de este Convenio, igual o inferior al tipo de gravamen aplicable en virtud de este Convenio. Por lo que respecta a una sociedad que invoque, en aplicación del apartado 4, los beneficios del artículo 10 respecto a unos dividendos, a los efectos de esta letra:

I) si el residente es una persona física, y la sociedad desempeña una actividad económica en su Estado contratante de residencia que sea sustancial en relación con la actividad que ha generado los beneficios de los que proceden los dividendos, y que sea similar o complementaria a ella, a esta persona se la tratará como si fuera una sociedad. Las actividades desarrolladas por una persona que sea una persona relacionada con la sociedad que invoca los beneficios se considerarán desarrolladas por esa sociedad. El carácter de "sustancial" de la actividad económica se determinará en función de todos los hechos y circunstancias; y

II) si el residente es una sociedad (incluidas las personas físicas a las que se considere como una sociedad), para determinar si el residente tiene derecho a un tipo impositivo igual o inferior al tipo aplicable en virtud de este Convenio, su participación indirecta en el capital de la sociedad que paga los dividendos se considerará como una participación directa; o

2) respecto de un elemento de renta comprendido en los artículos 7, 13 o 21 de este Convenio, el residente tiene derecho a los beneficios de ese convenio que sean al menos tan favorables como los invocados en virtud de este Convenio; y

C) no obstante el hecho de que un residente pueda satisfacer los criterios previstos en las cláusulas *A*) y *B*) de esta letra, cuando el elemento de renta se ha generado a través de

una entidad considerada fiscalmente transparente según la legislación del Estado contratante de residencia de la sociedad que invoca los beneficios, si el elemento de renta no se tratara como renta del residente en virtud de una disposición análoga al apartado 2 del artículo 1, en caso de que el propietario de la entidad a través de la que la sociedad obtuvo la renta hubiera sido el residente y no la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4 de este artículo, no se considerará a ese residente como beneficiario equiparable respecto de ese elemento de renta;

(ii) un residente del mismo Estado contratante que el de la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4 de este artículo que tenga derecho a todos los beneficios de este Convenio en aplicación de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2 o, cuando el beneficio al que se aspira tiene relación con intereses o dividendos pagados por un miembro del grupo de empresas multinacionales al que pertenece el residente, el residente tiene derecho a acogerse a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 5, siempre y cuando, en el caso de un residente descrito en el apartado 5, de haber recibido dichos intereses o dividendos directamente, hubiera tenido derecho a un tipo impositivo, en relación con dicha renta, igual o menor al tipo aplicable en virtud de este Convenio a la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4; o

(iii) un residente del Estado contratante desde el que se invocan los beneficios de este Convenio, que tenga derecho a todos los beneficios de este Convenio en aplicación de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2, siempre que el total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de cualquier clase de acciones que generen el derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad que invoca el derecho a acogerse a los beneficios en virtud del apartado 4, de los que sea propietario ese residente, no exceda del 25 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de toda clase de acciones que generen el derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad;

Comentarios a la definición de "beneficiario equiparable" en la versión simplificada

128. La definición de "beneficiario equiparable" en la versión simplificada es relevante exclusivamente a los efectos del apartado 4 sobre beneficios derivados. Ese apartado permite a una entidad residente de un Estado contratante que no sea una persona apta, acceder a los beneficios del convenio respecto de un elemento de renta cuando personas que responden a la definición de "beneficiario equiparable" sean propietarias, directa o indirectamente, más del 75 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de esa entidad.

129. Según la definición propuesta, un beneficiario equiparable es una persona que, de haber recibido el elemento de renta en cuestión directamente, hubiera tenido derecho, en un Estado contratante a beneficios equivalentes o más favorables que los previstos para ese elemento de renta en ese Estado contratante en aplicación del Convenio. Estos beneficios equivalentes o más favorables pueden derivarse de la legislación interna de ese Estado, del propio Convenio o de cualquier otro acuerdo internacional del que el Estado sea parte.

130. La última frase de la definición se aplica a los efectos de determinar el porcentaje de capital de una sociedad que paga un dividendo que se supondrá que tiene un potencial beneficiario equiparable en esa sociedad. Este porcentaje tiene interés para comparar los beneficios concedidos a los dividendos en aplicación del Convenio con los beneficios a los que hubiera tenido derecho ese potencial beneficiario equiparable si hubiera recibido el dividendo directamente (por ejemplo, el 5 por ciento en aplicación del subapartado *a*) del apartado 2 del

artículo 10, o el 15 por ciento en aplicación del subapartado *b*) de ese mismo apartado y artículo). Según la última frase se considerará que el potencial beneficiario equiparable es una sociedad que posee el mismo capital en la sociedad que paga los dividendos que tiene la sociedad que invoca los beneficios del apartado 4 (aunque el apartado 4 puede aplicarse a entidades distintas de las sociedades de capital, la diferencia de tipos prevista en el artículo 10 tiene importancia únicamente respecto de los dividendos pagados a una sociedad).

Comentarios a la definición de "beneficiario equiparable" en la versión detallada

131. La definición del término "beneficiario equiparable" en la versión detallada tiene trascendencia a los efectos del criterio sobre beneficios derivados del apartado 4, pero también puede tenerla a los efectos del subapartado *g*) del apartado 2 sobre instituciones de inversión colectiva, en función de cómo se redacte ese subapartado (véase el párrafo 56 más arriba).

132. La definición admite tres clases distintas de personas a las que puede considerarse "beneficiario equiparable".

133. La primera [letra (i) de la definición] abarca a los residentes de terceros Estados con derecho a todos los beneficios de un convenio tributario de carácter general suscrito entre el Estado de residencia de esa persona y el Estado ante el que se invocan los beneficios (en adelante el "convenio analizado") en virtud de disposiciones sustancialmente similares a las reglas previstas en los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2. Una sociedad puede ser también un beneficiario equiparable en virtud de la letra (*i*) si tiene derecho a acogerse a los beneficios de un convenio por satisfacer un criterio relativo a la sede central previsto en el convenio analizado que es sustancialmente similar al apartado 5, pero únicamente si los beneficios que la sociedad invoca están relacionados con intereses o dividendos pagados por un socio del grupo de empresas multinacionales al que pertenece el beneficiario equiparable. Si el convenio analizado no incluye un artículo amplio sobre limitación de beneficios, las condiciones previstas en la cláusula A) de la letra (*i*) se entenderán cumplidas si el residente del tercer Estado aplica el convenio analizado como si incluyera las disposiciones de los subapartados *a*), *b*), *c*) y *e*) del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de las disposiciones de esos subapartados), y se hubiera satisfecho una de las disposiciones de limitación de beneficios en virtud de uno de los subapartados incorporados.

134. Los ejemplos que siguen ilustran la aplicación de la letra (i) de la definición:

— Ejemplo A: TENENCO, residente del Estado R, es una filial cuya propietaria única y directa es XCO, residente del Estado X. La clase principal de acciones de XCO se cotiza principal y regularmente en el Mercado de Valores X, un mercado de valores situado en el Estado X. TENENCO no puede acogerse a los beneficios en virtud del apartado 2 del convenio entre los Estados F y R porque es una filial de una sociedad residente de un tercer Estado, donde cotiza. TENENCO no desempeña una actividad económica en el Estado R y, por tanto, no tiene derecho a los beneficios derivados del apartado 3. TENENCO obtiene intereses procedentes del Estado F, de los que es su beneficiaria efectiva, que estarían sujetos al tipo impositivo del 10 por ciento previsto en el artículo 11 del convenio entre los Estados F y R. Para determinar si TENENCO tiene derecho a acogerse a los beneficios por satisfacer el criterio sobre beneficios derivados del apartado 4 de ese convenio, es necesario determinar si

XCO responde a la definición de beneficiario equiparable del apartado 7. El convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados F y X tiene una disposición detallada sobre limitación de beneficios, que comprende una norma para las sociedades cuya clase principal de acciones se cotiza principal y regularmente en el Mercado de Valores X que es sustancialmente similar al subapartado *c*) del apartado 2. Por tanto, XCO satisface el requisito de la cláusula *A*) de la letra (*i*) de la definición de beneficiario equiparable. En aplicación del convenio entre los Estados F y X, los intereses procedentes de cualquiera de esos Estados estarían también sujetos al tipo del 10 por ciento del artículo 11, por lo que XCO cumple el requisito de la cláusula *B*) de la letra (*i*) de la definición de beneficiario equiparable. Por tanto, XCO es un beneficiario equiparable.

— Ejemplo B: supongamos que los hechos son los mismos que en el Ejemplo A, excepto en que el convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados F y X no incluye una cláusula amplia sobre limitación de beneficios. Por tanto, para determinar si XCO es una beneficiaria equiparable, ese convenio se aplicará como si contuviera las disposiciones de los subapartados *a*), *b*), *c*) y *e*) del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de esos subapartados) de este Convenio. Si en este Convenio se definiera un mercado de valores reconocido que comprenda al Mercado de Valores X, la clase principal de acciones de XCO cotizaría principalmente en un mercado de valores reconocido situado en el Estado de residencia de XCO. Por tanto XCO cumplirá el criterio del subapartado *c*) del apartado 2 por lo que será un beneficiario equiparable. Sin embargo, si el Mercado de Valores X no estuviera incluido en el Convenio como mercado de valores reconocido, XCO no sería un beneficiario equiparable.

135. Un residente de un tercer Estado no podrá ser un beneficiario equiparable si esta persona satisface únicamente:

— un criterio relativo a filiales de sociedades cotizadas sustancialmente similar al subapartado *d*) del apartado 2;

— un criterio de propiedad y de no erosión de la base imponible sustancialmente similar al subapartado *f*) del apartado 2;

— un criterio relativo a las instituciones de inversión colectiva sustancialmente similar al que puede incluirse en el subapartado *g*) del apartado 2;

— un criterio sobre desempeño de una actividad económica sustancialmente similar al apartado 3;

— un criterio sobre beneficios derivados sustancialmente similar al apartado 4;

— una disposición sobre la concesión discrecional de beneficios sustancialmente similar al apartado 6; o

— cualquier otra disposición sobre limitación de beneficios del convenio analizado que no sea un criterio en virtud de este Convenio,

ya que dicho residente no sería una persona apta en virtud de disposiciones sustancialmente similares a los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2 de este artículo.

136. Algunos Estados querrán limitar y en ciertos casos denegar los beneficios del convenio a personas físicas que estén sujetas al impuesto por razón de remesas o a las que sea aplicable un impuesto fijo/uniforme. Si el Convenio entre los Estados contratantes los excluye de hecho, estos Estados probablemente querrán impedir que dichas personas físicas residentes de terceros Estados opten a los beneficios del Convenio como "beneficiarios equiparables". Este efecto puede lograrse modificando la cláusula A) de la letra (i) como sigue:

> A) ese residente tenga derecho a acogerse a todos los beneficios de un convenio de doble imposición de carácter general suscrito entre ese Estado y el Estado contratante ante el que se invocan los beneficios de este Convenio, conforme a disposiciones sustancialmente similares a las recogidas en los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2 o, cuando el beneficio que se invoca se refiera a intereses o dividendos pagados por un miembro de un grupo de sociedades multinacionales del que forma parte el residente, que ese residente pueda acogerse a los beneficios en virtud de disposiciones sustancialmente similares al apartado 5 de este artículo recogidas en ese convenio, siempre que, en ausencia de un artículo detallado de limitación de beneficios en ese convenio, el residente tenga derecho a los beneficios de este Convenio por razón de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2 si dicho residente lo fuera de uno de los Estados contratantes en el sentido del artículo 4. No obstante la frase anterior, una persona física
>
> 1) sujeta a imposición en su Estado de residencia respecto de rentas o de ganancias de fuente extranjera únicamente sobre la base de remesas de fondos o una base similar, o
>
> 2) cuyo impuesto se calcule en ese Estado, total o parcialmente, en función de una base fija, uniforme o similar,
>
> no tendrá la consideración de beneficiario equiparable; y

137. La cláusula *B*) 1) de la letra (i) exige que un beneficiario equiparable tenga derecho a beneficiarse, respecto del tipo de renta que percibe la sociedad que invoca los beneficios previstos en el apartado 4, bien en virtud del convenio analizado, de la legislación interna o de un acuerdo internacional, de un tipo de gravamen inferior o igual al aplicable en virtud de este Convenio a la sociedad que invoca los beneficios al amparo del artículo 4. Por tanto, los tipos que deben compararse son: primero, el tipo que puede aplicar el Estado de la fuente en virtud del Convenio sobre la renta pagada a esa sociedad si esta pudiera acogerse a los beneficios; y, segundo, el tipo del impuesto que el Estado de la fuente hubiera podido aplicar si el potencial beneficiario equiparable hubiera obtenido la renta directamente del Estado de la fuente.

138. Como se señaló anteriormente, la cláusula *B*) 1) determina que se tendrán en cuenta todos los tipos impositivos reducidos previstos por la legislación interna o por cualquier acuerdo internacional. Esta norma reconoce el hecho de que las retenciones en fuente aplicadas a muchos dividendos, intereses y cánones intersocietarios pueden eliminarse, por ejemplo, conforme a disposiciones tales como las de las Directivas[4] de la Unión Europea aplicables a matrices y filiales y al pago de intereses y cánones, más que en aplicación de convenios relativos al impuesto sobre la renta. Este hecho se ilustra con el ejemplo que sigue:

[4] Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, con sus modificaciones; la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

— Ejemplo: UECO1, una sociedad residente del Estado de la UE1, es propietaria de la totalidad de ACO, residente del Estado A. ACO es propietaria de la totalidad de UECO2, residente del Estado de la UE2, y obtiene intereses generados en el Estado de la UE 2. El convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados A y UE2 contiene la versión detallada de la definición de beneficiario equiparable y prevé la exención en fuente de los intereses. Los Estados UE1 y UE2 son miembros de la Unión Europea. En aplicación de la Directiva sobre intereses y cánones, los intereses pagados por UECO2 a UECO1 pueden no tributar en el Estado UE2. Por tanto, UECO1 satisface el criterio previsto en la cláusula *B*) 1) de la letra (*i*) de la definición de beneficiario equiparable en el convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados A y UE2 aun cuando el convenio relativo al impuesto sobre la renta firmado entre UE1 y UE2 permita la tributación en fuente de los intereses.

139. La cláusula *B*) 1) *I*) de la letra (i) prevé una norma, aplicable a los dividendos, que permite tratar a una persona física como si fuera una sociedad a efectos de la aplicación del criterio basado en la comparación de tipos previsto en la cláusula *B*) 1). Dado que los dividendos cuyos beneficiarios efectivos sean personas físicas no tienen derecho a aplicar el tipo inferior previsto en el subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10, mientras que una sociedad sí puede hacerlo si cumple ciertas condiciones, en ausencia de esta disposición, en términos generales no se considerará a las personas físicas que sean accionistas de una sociedad que invoca el derecho a los beneficios derivados en virtud del apartado 4, como beneficiarios equiparables en el caso de dividendos procedentes de una participación sustancial en el capital de otras sociedades. Al tratar a las personas físicas como sociedades a los efectos de aplicar el criterio basado en la comparación de tipos, esta norma permite a una sociedad que invoque los beneficios derivados en virtud del apartado 4, tener en cuenta las acciones de las que directa o indirectamente sea titular la persona física, como lo haría si la propietaria de esas acciones fuera una sociedad de las descritas en el subapartado *c*) del apartado 2 a los efectos de determinar si los propietarios del 95 por ciento de la sociedad que invoca los beneficios derivados, en virtud del apartado 4, son beneficiarios equiparables.

140. Para poder optar a aplicar la norma prevista en la cláusula *B*) 1) *I*), la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4 debe desempeñar una actividad económica en su Estado de residencia. La norma consiste en tratar a una persona física accionista, que cumple los criterios previstos en la cláusula *A*) de la letra (i) como si fuera una de las sociedades descritas en el subapartado *c*) del apartado 2, pero únicamente si la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4 desempeña una actividad económica en el Estado de residencia que sea sustancial en relación con la actividad que ha generado los beneficios de los que proceden los dividendos, y que sea similar o complementaria a ella. El criterio previsto en la cláusula *B*) 1) *I*) es similar al criterio basado en el desempeño de una actividad económica previsto en el apartado 3, pero no es exactamente igual porque no exige que la renta procedente del Estado de la fuente deba "derivarse" de la actividad económica desempeñada por la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4. El significado de los términos "desempeña una actividad económica" es el mismo que en el subapartado *a*) del apartado 3 y, por tanto, no incluye las actividades comprendidas en las letras (i) a (*iv*) de ese subapartado. A los efectos de determinar si la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4 desempeña una actividad económica en un Estado contratante, las actividades ejercidas por una persona relacionada

con la sociedad se considerarán ejercidas por la sociedad. Los términos "que sea sustancial en relación con" tienen el mismo significado que en el subapartado *c*) del apartado 3. El criterio de la sustancialidad debe aplicarse, no obstante, con independencia de que los dividendos procedan de una persona relacionada. Por otro lado, los dividendos procedentes del otro Estado contratante no tienen que derivarse necesariamente de una actividad económica desempeñada por la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, como sí se exige en el subapartado *a*) del apartado 3 para poder obtener dichos beneficios, ya que la actividad económica desempeñada en el Estado contratante de residencia a efectos de la cláusula *B*) 1) *I*) tiene que ser "similar o complementaria" a la actividad económica desempeñada en el Estado de la fuente, y no "idéntica o complementaria" a la actividad económica desempeñada en el Estado de la fuente.

141. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de la cláusula *B*) 1) *I*):

— Ejemplo: RCO es una sociedad residente del Estado R. RCO desempeña una actividad económica en el Estado R similar a la actividad de FCO, una sociedad residente del Estado F. La condición de residente de RCO en el Estado R se ha prolongado durante 13 meses, durante los que ha sido la propietaria del 25 por ciento del capital de FCO. La persona física Y es la accionista única de RCO y es residente del Estado Y. El apartado 2 del artículo 10 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados F e Y y entre los Estados F y R es idéntico a la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. RCO, por tanto, cumple los requisitos impuestos por el subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10 a los efectos de la aplicación del tipo impositivo inferior sobre los dividendos. En ausencia de la disposición prevista en la cláusula *B*) 1) *I*), no obstante, RCO no podrá beneficiarse de ese tipo impositivo inferior porque la persona física Y únicamente podrá acogerse al tipo del 15 por ciento (en virtud del subapartado *b*) del apartado 2 del artículo 10) si percibe los dividendos directamente de FCO. Sin embargo, en virtud de lo previsto en la cláusula *B*) 1) *I*), se trata a Y como si fuera una sociedad en el sentido del subapartado *c*) del apartado 2 del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados F y R a los efectos del criterio basado en la comparación de tipos, lo que significa que RCO cumple ese criterio. Por tanto, suponiendo que se cumplen los restantes criterios (el de no erosión de la base imponible y el criterio de propiedad efectiva del artículo 10), RCO tendrá derecho al tipo inferior previsto en el artículo 10 del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados F y R, respecto de los dividendos pagados por FCO.

142. La cláusula *B*) 1) *II*) enuncia la regla aplicable para determinar el porcentaje de capital de una sociedad que paga un dividendo que se considerará que es propiedad de un potencial beneficiario equiparable a los efectos de aplicar el criterio de comparación de tipos que, como la cláusula *B*) 1) *I*), afectará al derecho del beneficiario equiparable a aplicar el tipo impositivo inferior, conforme al subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10, en caso de haber recibido directamente el dividendo. A estos efectos, al aplicar el criterio de comparación de tipos descrito en la cláusula *B*) 1), la participación indirecta del potencial beneficiario equiparable en el capital de la sociedad que paga los dividendos se considerará como una participación directa. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación del subapartado *B*) 1) *II*):

— Ejemplo: XCO e YCO poseen cada una de ellas directamente el 50 por ciento de RCO, una sociedad residente del Estado R. Durante 13 meses RCO ha mantenido una participación del 25 por ciento del capital de FCO, durante los que ha sido residente del Estado R. El Estado F ha suscrito convenios en materia del impuesto sobre la renta con los Estados R, X e Y; el apartado 2 del artículo 10 de esos convenios es idéntico a la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. XCO es residente del Estado X y se la considera persona apta en virtud del subapartado *c*) del apartado 2 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados F y R. YCO es residente del Estado Y y también se la considera persona apta en virtud del subapartado *c*) del apartado 2 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados F y R. Por tanto, tanto XCO como YCO, cumplen los requisitos de la cláusula *A*) de la definición del término "beneficiario equiparable". A los efectos de determinar el tipo impositivo aplicable a los dividendos pagados por FCO del que XCO e YCO hubieran podido beneficiarse en virtud de los convenios firmados entre sus respectivos Estados con el Estado F, se considera que XCO e YCO tienen cada una de ellas, en virtud de la cláusula *B*) 1) *II*), una participación directa del 12,5 del capital de FCO (50 por ciento de una participación del 25 por ciento en el capital de FCO, lo que equivale al 12,5 por ciento, que es el porcentaje de participación indirecta de cada una de ellas en el capital de FCO que se trata como si fuera una participación directa). XCO e YCO, por tanto, no tendrán derecho al tipo inferior previsto en el subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10 y, por tanto, no se las considerará beneficiarias equiparables por incumplir el criterio basado en la comparación de tipos enunciado en la cláusula *B*) 1) [véase, no obstante, el párrafo 147 más adelante relativo a otras disposiciones que podrían permitir a RCO beneficiarse del tipo del 15 por ciento del subapartado *b*) del apartado 2 del artículo 10 del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados F y R].

143. La cláusula *B*) 2) de la letra (*i*) contiene normas relativas a los beneficios derivados aplicables a los elementos de renta comprendidos en los artículos 7, 13 o 21. El potencial beneficiario equiparable tiene que poder acogerse a un beneficio otorgado por el convenio analizado que sea al menos tan favorable como el que resultaría en virtud del Convenio a esos beneficios derivados de actividades económicas, ganancias u otras rentas. Por tanto, los beneficios que deben compararse son: primero los que concedería el Estado de la fuente a la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, cuando tenga derecho a acogerse a esos beneficios respecto del elemento de renta en cuestión y, segundo, los beneficios que el Estado de la fuente hubiera concedido al potencial beneficiario equiparable en caso de obtener la renta directamente. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de la cláusula *B*) 2):

— Ejemplo: RCO es una sociedad residente del Estado R, íntegramente participada por XCO, una sociedad cotizada residente del Estado X. RCO ha firmado un contrato para construir un gran complejo de oficinas en el Estado F. En virtud de las disposiciones del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados F y R, una obra constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de doce meses. Sin embargo, según los términos del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados F y X, una obra constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de seis meses. Si la

obra dura más de seis meses, pero menos de doce, XCO no será un beneficiario equiparable ya que no tendrá derecho a la misma protección, al amparo del artículo 5 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados F y X, a la que tendrá derecho una persona apta, en virtud del artículo 5 del convenio suscrito entre los Estados F y R.

144. La cláusula C) de la letra (i) prevé una limitación adicional cuando el elemento de renta se obtiene a través de una entidad considerada fiscalmente transparente en aplicación de la legislación del Estado contratante de residencia de la sociedad que invoca los beneficios derivados en aplicación del apartado 4. En tal caso, con independencia de que el residente pueda satisfacer los criterios exigidos en las cláusulas A) o B) basados en la comparación de los términos del convenio analizado con los del convenio en virtud del que la sociedad invoca los beneficios derivados, el residente no satisfará los requisitos de esta cláusula si el elemento de renta en cuestión no se trata como renta de ese residente en virtud de una disposición análoga al apartado 2 del artículo 1, si él mismo, y no la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, hubiera percibido el elemento de renta para el que esa sociedad invoca los beneficios. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de la cláusula C:

— Ejemplo: RCO, una sociedad cotizada residente del Estado R, es propietaria de acciones de FCO, una sociedad residente del Estado F, a través de P, una sociedad de personas constituida en el Estado F. P es fiscalmente transparente en virtud de la legislación fiscal interna del Estado F, mientras que la legislación fiscal interna de R la considera como una sociedad. Por tanto, según las disposiciones del apartado 2 del artículo 1, los dividendos pagados por FCO a través de P no se considerarán percibidos por RCO, por lo que no podría optar a acogerse a una reducción de la imposición en la fuente en el Estado F en aplicación del artículo 10. RCO interpone a XCO, residente del Estado X entre ella misma y P. Conforme a la legislación fiscal interna del Estado X, P es fiscalmente transparente y, por tanto, se considera que XCO percibe los dividendos pagados por FCO a P.

  El convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados F y X contiene la versión detallada de los apartados 1 a 7 del artículo 29. A fin de poder acogerse a las reducciones en el impuesto retenido en fuente sobre los dividendos que prevé ese convenio, XCO debe satisfacer el criterio de los beneficios derivados. Si bien los tipos impositivos aplicables a los dividendos en virtud del apartado 2 del artículo 10 del convenio entre los Estados F y X son los mismos que los aplicables en virtud del artículo 10 del convenio entre los Estados F y R, y que se satisface el criterio previsto en la cláusula A) de la letra (i), los dividendos no podrán considerarse obtenidos por RCO si RCO y no XCO es la propietaria de FCO a través de la sociedad de personas P. Por tanto, en virtud de la cláusula C) RCO no es un beneficiario equiparable, por lo que XCO no puede acogerse a los beneficios derivados en aplicación del apartado 4 respecto de los dividendos pagados por FCO a través de P.

145. La segunda clase de personas que puede considerarse "beneficiario equiparable" [letra (ii) de la definición] comprende a las personas residentes del mismo Estado contratante que la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4. Estas personas serán beneficiarios equiparables si pueden optar a los beneficios en razón de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2, o del apartado 5 como sede central. No obstante, una sede central

será un beneficiario equiparable únicamente de la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4 si la sociedad que los invoca percibe intereses o dividendos pagados por un miembro del grupo de empresas multinacionales del que la sociedad forma parte. Sin embargo, el criterio de comparación de tipos se aplica a los residentes que satisfagan el criterio de sede del apartado 5 que obtengan dividendos o intereses procedentes del otro Estado contratante. Ese requisito pretende garantizar que la sede central tiene derecho al menos a los mismos beneficios convencionales respecto de dividendos e intereses que la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, de forma que si, por ejemplo, el artículo 11 del Convenio prevé generalmente la exoneración de los intereses en la fuente, pero no lo hace respecto de los intereses pagados a una sede central por un miembro de ese grupo de empresas multinacionales, la sede central no será un beneficiario equiparable de una sociedad que hubiera podido beneficiarse de la exención en la fuente prevista en el convenio aplicable a un pago de intereses similar.

146. La tercera clase de personas que pueden considerarse como "beneficiarios equiparables" [letra (iii) de la definición], comprende a los residentes del Estado contratante de la fuente. Dichas personas serán beneficiarios equiparables si pueden acogerse a los beneficios del convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*) del apartado 2, siempre que la participación que posean dichos residentes del total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de cualquier otra clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios en el sentido del apartado 7) de la sociedad que solicita los beneficios derivados, no exceda del 25 por ciento. Conforme al criterio sobre la propiedad del subapartado *a*) del apartado 4, la titularidad puede ser directa o indirecta, pero en el caso de titularidad indirecta, cada propietario interpuesto debe ser un "propietario interpuesto que pueda acogerse a los beneficios del convenio" según la definición dada a este término en el apartado 7 (véase más adelante).

147. Como se señaló en el párrafo 10 más arriba, cuando se aplique el apartado 4 sobre beneficios derivados, la definición de beneficiario equiparable excluirá a aquellas personas que, en virtud de otro convenio, tengan derecho a una desgravación en el Estado de la fuente no tan beneficiosa como la prevista en el Convenio. Algunos Estados querrán poder remediar el denominado "efecto precipicio" por el que se denegarían todos los beneficios del convenio, aun cuando la diferencia entre las desgravaciones previstas en ambos convenios tuviera escaso valor relativo, concediendo una desgravación en el Estado de la fuente similar a la que hubiera sido aplicable en virtud del otro convenio. Este tratamiento puede estructurarse mediante las disposiciones alternativas que se exponen a continuación, relativas a la imposición de los dividendos, intereses y cánones, y que conceden beneficios limitados que se corresponden ampliamente con los que hubieran podido invocarse en virtud del otro convenio:

Disposición sobre dividendos que debe añadirse al artículo 10

No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero con sujeción a las disposiciones del apartado 4 de este artículo, en el caso de que una sociedad que busque satisfacer los criterios del apartado 4 del artículo 29 de este Convenio en relación con un dividendo, no los satisfaga únicamente a causa:

a) del criterio previsto en la cláusula *B*) de la letra (i) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29; o

b) del criterio previsto en la letra (ii) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29, según el cual una persona que tenga derecho a los be-

neficios conforme al apartado 5 del artículo 29 tendrá derecho a la aplicación del impuesto sobre los dividendos a un tipo impositivo igual o inferior al tipo aplicable en virtud del apartado 2 de este artículo;

dicha sociedad podrá ser gravada en el Estado contratante del que la sociedad que distribuye el dividendo sea residente y conforme a la legislación de ese Estado contratante. En tales casos, no obstante, el impuesto así exigido no podrá exceder del tipo más alto que hubiera resultado aplicable a las personas que respondan a la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 [no obstante los criterios expresados en los subapartados *a*) y *b*) de este apartado] si hubieran percibido el dividendo directamente. A los efectos de este apartado:

c) la titularidad indirecta por esas personas de derechos de voto de la sociedad que paga el dividendo se tratará como una titularidad directa, y

d) se considerará que una persona que responda a la letra (iii) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 tiene derecho a la limitación del impuesto a la que hubiera tenido derecho si dicha persona fuera residente del mismo Estado contratante que la sociedad que percibe los dividendos.

Disposición sobre intereses que debe añadirse al artículo 11

No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero con sujeción a las disposiciones del apartado 4 de este artículo, en el caso de que una sociedad que busque satisfacer los criterios del apartado 4 del artículo 29 de este Convenio en relación con un pago de intereses, no los satisfaga únicamente a causa:

a) del criterio previsto en la cláusula *B*) de la letra (i) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29; o

b) del criterio previsto en la letra (ii) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29, según el cual una persona que tenga derecho a los beneficios conforme al apartado 5 del artículo 29 tendrá derecho a la aplicación del impuesto sobre los intereses a un tipo impositivo igual o inferior al tipo aplicable en virtud del apartado 2 de este artículo;

dicha sociedad podrá ser gravada en el Estado contratante del que proceden los intereses y conforme a la legislación de ese Estado. En tales casos, no obstante, el impuesto así exigido no podrá exceder del tipo más alto que hubiera resultado aplicable a las personas que respondan a la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 [no obstante los criterios expresados en los subapartados *a*) y *b*) de este apartado] si hubieran percibido los intereses directamente. A los efectos de este apartado, se considerará que una persona que responda a la letra (iii) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 tiene derecho a la limitación del impuesto a la que hubiera tenido derecho si dicha persona fuera residente del mismo Estado contratante que la sociedad que percibe los intereses.

Disposición sobre cánones que debe añadirse al artículo 12

No obstante lo dispuesto en el apartado 1 pero con sujeción a las disposiciones del apartado 3 de este artículo, en el caso de que una sociedad que busque satisfacer los criterios del apartado 4 del artículo 29 en relación con los cánones, no los satisfaga únicamente a causa del criterio previsto en la cláusula *B*) de la letra (*i*) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 dicha sociedad podrá ser gravada en el Estado contratante del que proceden los cánones y conforme a la legislación de ese Estado salvo porque el impuesto así exigido no podrá exceder del tipo más alto que hubiera resultado aplicable a las personas que respondan a la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 (no obstante el

criterio expresado en la cláusula B) de la letra (i) de esa definición) si hubieran percibido los cánones directamente. A los efectos de este apartado, se considerará que una persona que responda a la letra (iii) de la definición del término "beneficiario equiparable" del subapartado *e*) del apartado 7 del artículo 29 tiene derecho a la limitación del impuesto a la que hubiera tenido derecho si dicha persona fuera residente del mismo Estado contratante que la sociedad que percibe los cánones.

La expresión "clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios"

Versión detallada únicamente

f) la expresión "clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios" significa cualquier clase de acciones de una sociedad o entidad residente de uno de los Estados contratantes que den derecho a los accionistas a una participación desproporcionadamente mayor, a través de dividendos, pagos por rescate o de otro modo, en los beneficios generados en el otro Estado contratante a partir de ciertas actividades o activos concretos de la sociedad;

Comentarios a la definición de "clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios"

148. Según la definición de la expresión "clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios", que se utiliza en relación con los criterios sobre la propiedad en diversas partes del artículo, una sociedad o entidad tiene acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios si tiene acciones en circulación sujetas a unos términos u otras condiciones que confieran a su titular derechos sobre una porción mayor de la renta de la sociedad o la entidad procedente del otro Estado contratante en comparación a la porción a la que tendría derecho en ausencia de dichos términos o condiciones. De este modo, por ejemplo, una sociedad residente de un Estado contratante tiene una "clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios" si algunas de sus acciones en circulación son "acciones sectoriales"* que den derecho al pago de unos dividendos modulados para aproximarlos al beneficio que obtiene la sociedad a partir de sus activos utilizados en el otro Estado contratante. El siguiente ejemplo ilustra esta situación:

— Ejemplo: ACO es una sociedad residente del Estado A. Esta sociedad ha emitido acciones comunes y preferentes. Las comunes cotizan regularmente en el mercado de valores principal del Estado A. Las preferentes no confieren derechos de voto a sus titulares, pero sí les da derecho a recibir dividendos en la misma cuantía que los pagos de intereses que ACO percibe de prestatarios no vinculados residentes en el Estado B. Todas las acciones preferentes son titularidad de un mismo accionista, residente de un tercer Estado con el que el Estado B no tiene suscrito un convenio tributario. Las acciones comunes representan más del 50 por ciento del valor de ACO y el 100 por cien de sus derechos de voto. Como el titular de las acciones preferentes tiene derecho a recibir los pagos correspondientes a los intereses percibi-

* (*N. de la T.*: acciones o participaciones societarias en las que el dividendo que corresponde a sus titulares se modula o define de acuerdo con la marcha económica del "sector" de actividad de la sociedad emisora. En inglés *tracking shares*.)

dos por ACO procedentes del Estado B, dichas acciones constituyen una "clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios" y, como además no cotizan con regularidad en ningún mercado de valores reconocido, no puede entenderse que ACO reúne los requisitos para optar a los beneficios del Convenio conforme al subapartado *c*) del apartado 2.

El término "sede principal de dirección y control"

Versión detallada únicamente

g) la "sede principal de dirección y control" de una sociedad o entidad estará ubicada en el Estado contratante donde la sociedad sea residente únicamente cuando

(i) sus directores ejecutivos y sus empleados de alta dirección ejerzan en ese Estado contratante, más que en ningún otro, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la mayoría de las decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus filiales directas e indirectas, y el personal asignado a esas personas realice en ese Estado contratante, más que en ningún otro, las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones; y

(ii) dichos directores ejecutivos y empleados de alta dirección ejerzan, en mayor medida que los de cualquier otra sociedad o entidad, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la mayoría de las decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus filiales directas e indirectas, y el personal asignado a esas personas realice, más que el de cualquier otra sociedad o entidad, las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones;

Comentarios a la definición del término "sede principal de dirección y control" de la versión detallada

149. El término "sede principal de dirección y control" es pertinente a los efectos del subapartado *c*) del apartado 2 y del apartado 5 de la versión detallada. Este término debe distinguirse del concepto de "sede de dirección efectiva" empleado, antes de 2017, en el apartado 3 del artículo 4 y en algunas otras disposiciones, como el artículo 8 aplicable a la explotación de buques y aeronaves. Algunos Estados interpretaban el concepto de "sede de dirección efectiva" como el lugar donde la persona o el grupo de personas con mayor responsabilidad (por ejemplo, el consejo de administración) adoptan las decisiones clave de gestión y comerciales necesarias para el desarrollo de la actividad económica de la empresa. El concepto de sede principal de dirección y control, por contra, se refiere al lugar donde se ejercen las responsabilidades del día a día para la gestión de la sociedad o entidad (y de sus filiales directas o indirectas).

150. La sede principal de dirección y control de una sociedad se ubicará en el Estado donde reside la sociedad o entidad únicamente si se cumplen las dos condiciones siguientes:

— Primero, en virtud de la letra (i), que sus directores ejecutivos y sus empleados de alta dirección ejerzan en ese Estado, más que en ningún otro, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la mayoría de las decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus filiales directas e indirectas, y que el personal asignado a esas personas realice en ese Estado, más que en ningún otro,

las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones. Por tanto, este criterio examina las actividades generales de las personas pertinentes para determinar dónde se realizan. En la mayoría de los casos, será condición necesaria, aunque no suficiente, que el director general y el resto de altos ejecutivos se encuentren en el Estado contratante donde reside la sociedad.

— Segundo, que los directores ejecutivos y empleados de alta dirección ejerzan, en mayor medida que los de cualquier otra sociedad o entidad, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la mayoría de las decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus filiales directas e indirectas, y que el personal que apoya a dichos directores en esa toma de decisiones realice las actividades cotidianas necesarias en mayor medida que los de cualquier otra sociedad o entidad.

La expresión "propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del convenio"

Versión detallada únicamente

h) la expresión "propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del Convenio" significa un propietario interpuesto que bien:

(i) es residente de un Estado que tiene en vigor un convenio para evitar la doble imposición de carácter general con el Estado contratante desde el que se invoca un beneficio amparado por este Convenio; o

(ii) es residente del mismo Estado contratante que la sociedad que aplica el criterio previsto en los subapartados *d*) o *f*) del apartado 2 o del apartado 4, para determinar si puede acogerse a los beneficios previstos en el Convenio;

Comentarios a la definición de "propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del Convenio" en la versión detallada

151. La definición de "propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del Convenio" en la versión detallada es pertinente a los efectos del criterio sobre propiedad de los subapartados *d*) y *f*) del apartado 2, así como de la norma sobre beneficios derivados del apartado 4.

152. En virtud de la letra (i) de esa definición, un propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del Convenio es una entidad residente de un tercer Estado que tiene en vigor un convenio para evitar la doble imposición de carácter general con el Estado contratante desde el que se invoca un beneficio amparado por el convenio.

153. Como se señaló en los Comentarios al artículo 1, algunos Estados consideran que deben incluir en sus convenios disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas respecto de rentas que se benefician de regímenes que constituyen "regímenes fiscales especiales" (véanse los párrafos 85 a 100 de los Comentarios al artículo 1) y denegar la aplicación del artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén una deducción ficticia en relación con los fondos propios (véase el párrafo 107 de los comentarios al artículo 1). Estos Estados pueden querer restringir el ámbito de la letra (i) de forma que solo sea aplicable a residentes de terceros Estados con los que el Estado desde el que se invocan los beneficios del convenio

hayan suscrito convenios para evitar la doble imposición de carácter general y que no se beneficien de un régimen fiscal especial o de deducciones de intereses ficticios. Esto puede hacerse modificando la letra (*i*) como sigue:

(*i*) es residente de un Estado que tiene en vigor un convenio para evitar la doble imposición de carácter general con el Estado contratante desde el que se invoca un beneficio amparado por este Convenio, y que no se beneficia de

A) un régimen fiscal especial, siempre que, si el convenio para evitar la doble imposición de carácter general no incluye una definición de "régimen fiscal especial" análoga a las disposiciones incluidas en [referencia al apartado del convenio que incluye la definición del término "régimen fiscal especial"], se aplicarán los principios de la definición prevista en este Convenio, pero obviando la condición prevista en la letra (*v*) de esa definición; o

B) deducciones ficticias del tipo descrito en [referencia al apartado del artículo 11 relativo a las deducciones ficticias en relación con fondos propios]; o

154. Conforme a la letra (ii) de la definición, un propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del convenio abarca también a un residente del mismo Estado contratante que la sociedad a la que se aplica el criterio sobre la propiedad previsto en los subapartados *d*) o *f*) del apartado 2 o conforme a la norma sobre los beneficios derivados del apartado 4.

El término "grupo analizado"

Versión detallada únicamente

i) el término "grupo analizado" designa al residente de un Estado contratante que aplica los criterios enunciados en los subapartados *d*) o *f*) del apartado 2 o de los apartados 4 o 5 para determinar si puede optar a los beneficios del Convenio (el "residente analizado"), y toda sociedad o establecimiento permanente que;

(*i*) participe junto con el residente analizado de una consolidación fiscal, una unidad de tributación o un régimen similar que obligue a los integrantes del grupo a compartir los beneficios o las pérdidas; o

(ii) comparta las pérdidas con el residente analizado conforme a un sistema de deducción intragrupo u otro régimen de distribución de pérdidas en el periodo impositivo considerado;

Comentario a la definición de "grupo analizado" en la versión detallada

155. Este subapartado define el término "grupo analizado" a los efectos de las normas de no erosión de la base imponible de la letra (ii) de los subapartados *d*) y *f*) del apartado 2 y de los apartados 4 y 5. El grupo analizado está integrado por la sociedad que se analiza a la que se aplica el criterio pertinente de no erosión de la base imponible (a la que se denomina "residente analizado") y toda sociedad que participe, con el residente analizado, de un grupo de consolidación fiscal, una unidad de tributación o un régimen similar que permita a los integrantes del grupo compartir los beneficios o las pérdidas, o cualquier sociedad que, en el periodo impositivo considerado, comparta las perdidas con el residente analizado en virtud de un sistema de deducción intragrupo u otro régimen de distribución de pérdidas. De no existir tal grupo analizado, el criterio de no erosión de la base imponible aplicable a un grupo analizado no será de aplicación.

El término "renta bruta"

Versión detallada únicamente

j) El término "renta bruta" designa los ingresos brutos calculados en el Estado de residencia de la persona a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, excepto si se trata de una persona que ejerce una actividad económica que comprende la fabricación, producción o venta de bienes, respecto de la que el término "renta bruta" significa dichos ingresos brutos minorados en el coste de los bienes vendidos, y de una persona que ejerce una actividad económica consistente en la prestación de servicios distintos de los financieros, respecto de la que el término "renta bruta" significa dichos ingresos brutos minorados en el coste directo soportado para generar esos ingresos, siempre que:

(i) salvo que sea pertinente para determinar los beneficios correspondientes en virtud del artículo 10 de este Convenio, la renta bruta no incluirá la parte de los dividendos efectivamente exentos de impuestos en el Estado contratante de residencia de la persona, por razón de deducciones o de otro modo; y

(ii) excepto por lo que respecta a la parte gravable de los dividendos, las operaciones realizadas entre sociedades dentro del grupo analizado no se tendrán en cuenta para calcular la renta bruta de este.

Comentarios a la definición de "renta bruta" en la versión detallada

156. Este subapartado define el término "renta bruta" a los efectos de las normas sobre no erosión de la base imponible de la letra (ii) de los subapartados *d*) y *f*) del apartado 2 y de los apartados 4 y 5. El punto de partida para el cálculo de la renta bruta son los ingresos brutos calculados en el Estado de residencia de la entidad en cuestión a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en que se hubiera otorgado el beneficio. Si la entidad ejerce una actividad económica que comprende la fabricación, producción o venta de bienes, el término "renta bruta" significa dichos ingresos brutos minorados en el coste de los bienes vendidos. Si la entidad analizada ejerce una actividad económica consistente en la prestación de servicios distintos de los financieros, el término "renta bruta" significa dichos ingresos brutos minorados en el coste directo soportado para generarlos.

157. La letra (i) de la definición establece además que, salvo para determinar los beneficios correspondientes a los dividendos en virtud del artículo 10, en el cálculo de la renta bruta no se incluirá aquella parte de cualquier dividendo que esté efectivamente exenta de imposición en el Estado contratante de residencia de la persona, por razón de deducciones o de otro modo, con independencia de cuál sea el Estado de residencia de la sociedad que paga esos dividendos. La letra (ii) establece que, salvo respecto a la parte gravable de los dividendos, la renta bruta de un grupo analizado no incluirá las operaciones realizadas entre sociedades dentro del grupo analizado.

El término "institución de inversión colectiva"

Versión detallada únicamente

k) [definición posible de "institución de inversión colectiva"][5]

[5] Si se opta por incluir una disposición sobre las instituciones de inversión colectiva en el apartado 2 [véase el subapartado *g*) del apartado 2], deberá añadirse una definición del término "institución de inversión colectiva".

Comentarios a la definición de "institución de inversión colectiva" en la versión detallada

158. Como se señalaba en la nota de pie de página correspondiente al subapartado, deberá añadirse una definición del término "institución de inversión colectiva" en el caso de incluir una disposición en materia de instituciones de inversión colectiva en el subapartado *g*) del apartado 2. Esa definición deberá identificar las instituciones de inversión colectiva de cada Estado contratante a las que se aplicará la disposición, y puede redactarse como sigue:

> El término "institución de inversión colectiva" significa, en el caso de [Estado A], un [ ] y, en el caso de [Estado B], un [ ], así como cualquier otro fondo de inversión, instrumento o entidad establecido en cualquiera de los Estados contratantes que las autoridades competentes de dichos Estados contratantes acuerden tratar como instituciones de inversión colectiva a los efectos de este artículo;

159. Como se explicó en el apartado 36 de los Comentarios al artículo 1, la intención es que en las partes entre corchetes de esa definición se incluyan referencias cruzadas correspondientes a las disposiciones de derecho tributario o de la legislación financiera en las que cada Estado identifique las IIC a las que debe aplicarse el subapartado *g*) del apartado 2.

Apartado 7 (versión simplificada): Modo de aplicación, que será determinado por las autoridades competentes

> *Versión simplificada únicamente*
>
> 7. Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán definir, de común acuerdo, el modo de aplicación de este artículo.

Comentario al apartado 7 de la versión simplificada

160. El apartado 7 de la versión simplificada permite a las autoridades competentes de los Estados contratantes definir, de común acuerdo, cómo deben aplicarse las disposiciones de los párrafos anteriores del artículo. Pueden ponerse de acuerdo, por ejemplo, en los aspectos procedimentales para plantear una solicitud para acogerse a los beneficios del convenio en virtud de las disposiciones sobre la concesión discrecional de beneficios por las autoridades competentes en virtud del apartado 5.

Apartado 8

161. Como se señaló en el párrafo 32 de los Comentarios al artículo 10, el párrafo 25 de los Comentarios al artículo 11 y el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 12, pueden surgir casos potenciales de abuso a partir de la transferencia de acciones, créditos, derechos o bienes a establecimientos permanentes creados con ese único fin en países que, o bien no gravan, o bien ofrecen un tratamiento preferente a la renta derivada de dichos activos. Cuando el Estado de residencia exime de tributación los beneficios atribuibles a estos establecimientos permanentes situados en terceros Estados, no debe esperarse que el Estado de la fuente conceda beneficios convencionales respecto de dicha renta. El apartado, aplicable cuando un Estado contratante deja exenta la renta obtenida por empresas de ese Estado que son atribuibles a establecimientos permanentes situados en un tercer Estado, estipula que los beneficios del convenio no se concederán en esos casos. No obstante, dicha norma no será aplicable si

— la renta soporta un nivel importante de imposición en el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente, o

— la renta procede del desempeño de una actividad económica a través del establecimiento permanente, o es incidental a la misma, excluidas las actividades de inversión, salvo que las desempeñe un banco, una entidad aseguradora o una agencia de valores registrada.

162. Conforme al subapartado *c*), en los casos en que se denieguen los beneficios en virtud de este apartado, el residente del Estado contratante que obtiene la renta en cuestión puede solicitar la concesión de ese beneficio a las autoridades competentes del otro Estado contratante. La autoridad competente que recibe dicha solicitud puede, a su discreción, conceder esos beneficios si determina que hacerlo está justificado; no obstante, deberá consultar a la autoridad competente del otro Estado contratante antes de atender o desestimar tal solicitud.

163. El ejemplo que sigue ilustra el tipo de situación a la que está destinada el apartado. Una empresa de un Estado contratante crea un establecimiento permanente en un tercer Estado que grava poco o nada los beneficios de dicho establecimiento permanente. Los beneficios atribuibles al establecimiento permanente están exentos de imposición en el Estado mencionado en primer lugar, bien por razón de una disposición similar al artículo 23 A incluido en el convenio entre ese Estado y el Estado en el que está situado el establecimiento permanente o en virtud de la legislación interna del Estado contratante mencionado en primer lugar. La empresa obtiene intereses procedentes del otro Estado contratante que se incluyen en los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. Suponiendo que se cumplan las condiciones para la aplicación del artículo 11, el Estado del que proceden los intereses estaría obligado, en ausencia del apartado 8, a conceder el beneficio de la limitación del impuesto prevista en el apartado 2 del artículo 11, a pesar de que los intereses están exentos de imposición en el Estado mencionado en primer lugar y sujetos a escasa o nula tributación en el tercer Estado en el que está situado el establecimiento permanente. En ese caso, los beneficios previstos en el Convenio se denegarán en relación con esas rentas a menos que les sea aplicable la excepción prevista en el subapartado *b*) relativa a rentas procedentes del desempeño de una actividad económica, o incidentales a ella, o salvo que las autoridades competentes del Estado del que proceden los intereses concedan esos beneficios en el ejercicio de la concesión discrecional prevista en el subapartado *c*).

164. La referencia al término "renta" en la letra (i) significa que la disposición se aplica independientemente de que las rentas en cuestión constituyan o no beneficios derivados de una actividad económica. Esta regla se aplica por tanto cuando una empresa de un Estado contratante obtiene rentas procedentes del otro Estado contratante y el Estado mencionado en primer lugar considera que el derecho o el bien por el que se paga la renta está efectivamente vinculado a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado (incluso en virtud de una disposición como la del apartado 2 del artículo 21 contenida en un convenio entre el Estado mencionado en primer lugar y el tercer Estado).

165. Cuando se cumplen las condiciones de las letras (i) e (ii), el subapartado *a*) deniega los beneficios que de otro modo se aplicarían en virtud de otras disposiciones del Convenio si el elemento de renta en cuestión se considera parte de los beneficios del establecimiento permanente situado en el tercer Estado y el importe del impuesto exigido sobre ese elemento de renta en ese tercer Estado es inferior a la menor de las siguientes cantidades: *a*) el importe de

ese elemento de renta multiplicado por el tipo mínimo que los Estados contratantes hayan acordado bilateralmente a los efectos del apartado, y *b*) el 60 por ciento del importe del impuesto que hubiera exigido sobre ese elemento de renta el Estado de la empresa si ese establecimiento permanente estuviera situado en él.

166. La locución "el importe de dicho elemento de renta" se refiere al importe de la renta en cuestión tras descontar todos los gastos relativos a ese elemento de renta que sean deducibles en aplicación de la legislación del Estado que corresponda. Así, a los efectos de determinar el impuesto en el tercer Estado que corresponda a ese elemento de renta, el impuesto total aplicable a los beneficios del establecimiento permanente situado en ese Estado se calculará en primer lugar tras descontar todos los gastos deducibles en virtud de la legislación de ese Estado, para determinar los beneficios imponibles atribuibles al establecimiento permanente. El impuesto correspondiente al importe en cuestión del elemento de renta se calculará entonces multiplicando ese impuesto total aplicable a los beneficios del establecimiento permanente por la ratio entre el importe neto del elemento de renta (es decir, el importe bruto del elemento de renta menos los gastos deducidos para calcular los beneficios imponibles del establecimiento permanente vinculados expresa o proporcionalmente a ese elemento de renta) y el beneficio imponible del establecimiento permanente. Se realizará un cálculo similar para determinar el impuesto que se hubiera exigido sobre ese elemento de renta en el Estado contratante de la empresa si el establecimiento permanente estuviera situado en él; en ese caso, los gastos que se detraerán serán aquellos deducibles en virtud de la legislación de ese Estado.

167. A los fines de la excepción prevista en el subapartado *b*), la referencia a la renta que "se deriva del desempeño de una actividad económica [...], o es incidental a ella" debe interpretarse como se indica en los párrafos 74 a 76 anteriores.

168. En lugar de adoptar la redacción del apartado 8, algunos Estados preferirán una solución más amplia que no se limite a los casos en los que una empresa de un Estado contratante esté exenta de imposición, en ese Estado, respecto de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado, que no incluya la excepción aplicable a la renta que se deriva del desempeño de una actividad económica o que es incidental a ella, y que no precisa del cálculo del impuesto que hubiera correspondido en el Estado de la empresa si el establecimiento permanente estuviera situado en él. En ese caso, la disposición será aplicable siempre que las rentas procedentes de un Estado contratante y atribuibles a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado estén sujetas, en el Estado de la empresa y en el del establecimiento permanente, a un tipo efectivo combinado inferior al menor entre: el tipo que se determinará bilateralmente y el 60 por ciento del tipo general del impuesto sobre la renta de sociedades aplicable en el Estado de la empresa. A continuación se cita un ejemplo de disposición que puede utilizarse con este propósito:

> Cuando una empresa de un Estado contratante obtenga rentas procedentes del otro Estado contratante y el Estado mencionado en primer lugar las considere como beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado, los beneficios fiscales aplicables en virtud de este Convenio no serán de aplicación respecto de esta renta cuando esta esté sujeta al impuesto a un tipo efectivo combinado total en el Estado mencionado en primer lugar y en el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente, que sea inferior al menor entre el [tipo determinado bilateralmente] o el 60 por ciento del tipo de gravamen general del impuesto sobre la renta de sociedades aplicable en el Estado contratante mencionado en primer lugar. Cuando los beneficios de este Convenio se de-

nieguen en virtud de la frase anterior respecto de un elemento de renta obtenido por un residente de un Estado contratante, la autoridad competente del otro Estado contratante podrá, no obstante, conceder dichos beneficios en relación con ese elemento de renta si, en respuesta a una solicitud planteada por ese residente, dicha autoridad competente determina que la concesión de los beneficios está justificada a la vista de las razones por las que ese residente no cumplió los requisitos de este apartado (tales como la existencia de pérdidas). La autoridad competente del Estado contratante a la que se dirija la solicitud mencionada en la frase anterior consultará con la autoridad competente de ese otro Estado contratante antes de aceptar o denegar la petición.

Apartado 9

169. El apartado 9 es un reflejo de las pautas contenidas en los párrafos 61 y 76 a 80 de los Comentarios al artículo 1, que indican que los beneficios del convenio no deben concederse cuando uno de los propósitos principales de ciertas operaciones o instrumentos es asegurarse un beneficio concedido por un convenio tributario, y obtenerlo en esas circunstancias resulta contrario al objeto y los propósitos de la disposición pertinente de ese convenio. Los principios que sustentan estos párrafos se incorporan al propio Convenio mediante el apartado 9, permitiendo así a los Estados combatir los casos de uso indebido del Convenio aun cuando sus legislaciones internas no les permitan hacerlo de acuerdo con los párrafos 76 a 80 de los Comentarios al artículo 1; igualmente confirma la aplicabilidad de estos principios en el caso de Estados cuya legislación interna ya les permita hacer frente a estas situaciones.

170. Las disposiciones del apartado 9 tienen el efecto de denegar los beneficios de un convenio tributario cuando uno de los propósitos principales para la concertación de un instrumento u operación sea obtener ese beneficio. Cuando éste sea el caso, la última parte del apartado permite a la persona a la que se deniega el beneficio la posibilidad de demostrar que la obtención del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes de este Convenio.

171. El apartado 9 complementa las disposiciones de los apartados 1 a 7 (la cláusula de limitación de beneficios) y el apartado 8 (la norma aplicable a los establecimientos permanentes situados en un tercer Estado) sin restringir en modo alguno su alcance o aplicabilidad: un beneficio denegado conforme a dichos apartados no será un "beneficio en virtud de este Convenio" que el apartado 9 deba denegar igualmente. Además, las pautas recogidas en los Comentarios al apartado 9 no deberán utilizarse para interpretar los apartados 1 a 8 ni viceversa.

172. Dicho a la inversa, el hecho de que una persona pueda acogerse a los beneficios conforme a los apartados 1 a 7 no significa que esos beneficios no puedan denegarse en aplicación del apartado 9. Los apartados 1 a 7 son normas que se centran principalmente en la naturaleza jurídica del residente del Estado contratante, sus propietarios y sus actividades generales. Como ilustra el ejemplo del próximo párrafo, estas normas no suponen que una operación o instrumento del que sea parte dicho residente no pueda constituir un uso indebido de una disposición del convenio.

173. El apartado 9 debe leerse en el contexto de los apartados 1 a 7 y del resto del Convenio, incluido su preámbulo. Esto resulta de particular importancia a los efectos de determinar cuál es el objeto y los propósitos de las disposiciones correspondientes del Convenio. Supongamos, por ejemplo, que una sociedad cuyas acciones cotizan con regularidad en un mercado de valores reconocido del Estado contratante del que la sociedad es residente obtiene renta proceden-

te del otro Estado contratante. En la medida en que la sociedad sea una "persona apta" en los términos del apartado 2, es evidente que no deberán negarse los beneficios del Convenio únicamente por razón de su estructura de propiedad, por ejemplo, si la mayoría de sus accionistas no fueran residentes del mismo Estado. El objeto y los propósitos del subapartado c) del apartado 2 es establecer un umbral para el acceso al convenio por parte de sociedades cotizadas cuyas acciones sean propiedad de residentes de diferentes Estados. No obstante, el hecho de que dicha sociedad reciba la consideración de persona apta no implica que los beneficios no puedan denegarse de acuerdo con el apartado 9 por razones ajenas a la titularidad de sus acciones. Supongamos, por ejemplo, que dicha sociedad cotizada es un banco que celebra un contrato de financiación a través de sociedades instrumentales, que busca proporcionar indirectamente a un residente de un tercer Estado el beneficio de un gravamen reducido en fuente a través de un convenio tributario. En tal caso, el apartado 9 denegaría el beneficio, pues al interpretar el subapartado c) del apartado 2 en el contexto del resto del Convenio y, particularmente, de su preámbulo, no cabe concluir que este tenga el propósito, compartido por ambos Estados contratantes, de autorizar operaciones realizadas por sociedades cotizadas que constituyan una estrategia de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros.

174. Las disposiciones del apartado 9 establecen que un Estado contratante puede denegar los beneficios de un convenio tributario cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales del instrumento u operación era la obtención de un beneficio en virtud del convenio. La disposición pretende garantizar que los convenios se utilizan de acuerdo con el propósito para el cual se celebraron, es decir, proporcionar beneficios respecto de intercambios de bienes y servicios, y movimientos de capital y de personas realizados de buena fe, y no respecto de aquellos instrumentos cuyo propósito principal sea la obtención de un tratamiento fiscal más favorable.

175. El término "beneficio" engloba todas aquellas limitaciones (por ejemplo, reducciones, exenciones, diferimientos o devoluciones de impuestos) sobre el gravamen impuesto por el Estado de la fuente en virtud de los artículos 6 a 22 del Convenio, la eliminación de la doble imposición prevista en el artículo 23 y la protección otorgada a los residentes y nacionales de un Estado contratante en virtud del artículo 24, así como otras limitaciones similares. Esto incluye, por ejemplo, las limitaciones sobre la potestad tributaria de un Estado contratante respecto de dividendos, intereses o cánones que proceden de su Estado y se abonan a un residente del otro Estado (el beneficiario efectivo) de acuerdo con los artículos 10, 11 o 12. También abarca las limitaciones sobre la potestad tributaria de un Estado contratante sobre una ganancia de capital derivada de la enajenación de bienes muebles situados en ese Estado efectuada por un residente del otro Estado de acuerdo con el artículo 13. Cuando un convenio tributario recoja limitaciones adicionales (como una norma que prevea la concesión de crédito por impuestos "ahorrados") las disposiciones de este artículo serán igualmente aplicables a tal beneficio.

176. La expresión "que directa o indirectamente generan el derecho a percibir ese beneficio" es deliberadamente amplia, buscando abarcar los casos en que la persona que invoca la aplicación de los beneficios previstos en un convenio puede hacerlo respecto de una operación distinta de aquella que tuvo entre una de sus razones principales la obtención de dicho beneficio. El siguiente ejemplo ilustra esta situación:

> TCO, una sociedad residente del Estado T, ha adquirido todas las acciones y deudas de FCO, residente del Estado F, que previamente pertenecían a la matriz de FCO.

Esto incluye un préstamo concedido a FCO al 4 por ciento de interés, exigible a voluntad del prestamista. El Estado T carece de convenio con el Estado F y, por tanto, cualquier interés pagado por FCO a TCO queda sujeto a un tipo de retención del 25 por ciento conforme a la legislación interna del Estado F. No obstante, de acuerdo con el convenio en vigor entre el Estado R y el Estado F, no se puede practicar ninguna retención sobre un interés pagado por una sociedad residente de un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo sea una sociedad residente del otro Estado; además, dicho convenio carece de disposiciones análogas a los apartados 1 a 7. TCO decide transferir el préstamo a RCO, una filial residente del Estado R, a cambio de tres pagarés exigibles a voluntad del acreedor con un interés del 3,9 por ciento.

En este ejemplo, aunque RCO reclama los beneficios del convenio entre los Estados R y F respecto de un préstamo acordado por motivos económicos válidos, si los hechos del caso demuestran que uno de los propósitos principales de la transferencia del préstamo de TCO a RCO era la obtención de los beneficios del convenio en vigor entre los Estados R y F, esta disposición provocaría la denegación de dicho beneficio, pues ha sido el resultado indirecto de la transferencia del préstamo.

177. Los términos "instrumento u operación" deben interpretarse en sentido amplio, y comprenden cualquier acuerdo, pacto, estrategia, operación o conjunto de operaciones, sean o no jurídicamente exigibles. En especial, comprenden la generación, cesión, adquisición o transferencia de la propia renta, o de bienes o derechos por los cuales se devengue renta. Estos términos también abarcan los instrumentos para la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona que obtiene renta. Esta expresión comprende igualmente los actos realizados para establecer, adquirir o mantener la persona que obtiene la renta, e incluye la calificación de esa persona como residente de uno de los Estados contratantes, y abarca las medidas que esas personas puedan adoptar para establecer la residencia. Un ejemplo de "instrumento" serían todos aquellos actos dirigidos a garantizar que las reuniones del consejo de administración de una sociedad se celebren en un país diferente para así reclamar que la sociedad ha cambiado su residencia. En ocasiones, una única operación puede dar lugar a un beneficio, en otras, esa operación puede actuar en conjunción con otra serie de operaciones más elaboradas que, combinadas, den lugar al beneficio. En ambos casos las disposiciones del apartado 9 pueden ser de aplicación.

178. Para determinar si uno de los propósitos principales de un instrumento o de una operación es la obtención de los beneficios derivados del Convenio, es importante llevar a cabo un análisis ecuánime de los fines y objetivos de todas las personas relacionadas con la puesta en marcha de dicho instrumento u operación, o de las que son parte del mismo. La determinación de los propósitos de un instrumento u operación es una cuestión de hecho a la que solo se puede dar respuesta analizando, caso por caso, todas las circunstancias que rodean dicho instrumento o actividad. No es necesario encontrar pruebas concluyentes sobre la intención de la persona que participa en el instrumento u operación, pero debe ser razonable concluir, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales del instrumento u operación era la obtención de los beneficios del convenio. No obstante, no debe presuponerse a la ligera que la obtención de los beneficios convencionales fue uno de los propósitos principales del instrumento u operación, pues una mera comprobación de sus efectos no permitirá, por lo general, extraer conclusiones válidas sobre sus propósitos. Sin embargo, cuando la existencia de un determinado instrumento pueda explicarse

únicamente por el hecho de que permite el acceso a un beneficio convencional, se podrá concluir que uno de sus propósitos principales era la obtención de dicho beneficio.

179. Una persona no puede esquivar la aplicación de este apartado simplemente afirmando que el instrumento u operación no se concertó o realizó con el propósito de obtener los beneficios del Convenio. Deberán ponderarse todas las pruebas disponibles para decidir si es razonable concluir que el instrumento u operación se llevó a cabo o pactó a esos efectos. Tal decisión debe ser razonable, lo que implica que han de examinarse con objetividad todas las posibles interpretaciones de los hechos del caso.

180. La expresión "entre sus propósitos principales" del apartado 9 significa que la obtención del beneficio del convenio no tiene por qué ser el único o el más importante de los propósitos de un instrumento u operación concretos. Será suficiente con que sea al menos uno de los propósitos principales. Por ejemplo, una persona puede vender una propiedad por diversas razones, pero si antes de la venta, dicha persona se convierte en residente de uno de los Estados contratantes y uno de los propósitos principales de este cambio de residencia es la obtención de un beneficio del convenio, el apartado 9 podrá ser aplicable a pesar de que haya más propósitos principales para el cambio de residencia, como facilitar la venta o la reinversión de las ganancias derivadas de ésta.

181. No se considerará que un propósito es principal si es razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de dicho beneficio no fue uno de los motivos fundamentales, ni justifica haber llevado a cabo el instrumento o la operación que, por sí mismos o en conjunción con otras operaciones, han generado ese beneficio. En particular, cuando un cierto instrumento esté indisolublemente ligado a una actividad comercial principal, y su configuración no responda al objetivo de obtener un beneficio, es poco probable que pueda entenderse que su propósito principal era la obtención de ese beneficio. Sin embargo, cuando se concierte un instrumento con el propósito de obtener beneficios similares en aplicación de una serie de convenios, no debe entenderse que la obtención de los beneficios de los otros convenios impide considerar que la obtención de un beneficio en virtud de un convenio era uno de los propósitos principales de dicho instrumento. Supongamos, por ejemplo, que un contribuyente residente del Estado A celebra un acuerdo de canalización de rentas con una institución financiera residente del Estado B para que dicha institución invierta, en beneficio del contribuyente, en bonos emitidos en un gran número de Estados con los que el Estado B, pero no el Estado A, tiene suscritos convenios tributarios. Si los hechos y circunstancias revelan que uno de los propósitos principales de dicho instrumento fue la obtención de los beneficios de estos convenios, no deberá entenderse que la obtención de un beneficio en virtud de un convenio concreto no constituía uno de los propósitos principales de ese acuerdo financiero. De la misma manera, el propósito de eludir una norma interna no deberá utilizarse para pretender que la obtención del beneficio convencional constituía un simple aspecto accesorio.

182. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación del apartado (los ejemplos incluidos en el párrafo 187 más adelante también deben tenerse en cuenta a la hora de establecer si el apartado es aplicable, y de ser así cuándo, respecto de las estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales). Al leer estos ejemplos, es importante recordar que la aplicación del apartado 9 debe determinarse en función de los hechos y circunstancias de cada caso. Los ejemplos que siguen son, por tanto, meramente ilustrativos y no deben inter-

pretarse en el sentido de que estipulan las condiciones o los requisitos que deben cumplir operaciones similares a fin de evitar la aplicación de las disposiciones del apartado 9.

— Ejemplo A: TCO, una sociedad residente del Estado T, es propietaria de acciones de FCO, una sociedad cotizada en un mercado de valores del Estado F. El Estado T no tiene suscrito un convenio tributario con el Estado F y, por tanto, cualquier dividendo que FCO pague a TCO está sujeto a un tipo de retención en fuente del 25 por ciento de acuerdo con la legislación interna del Estado F. Sin embargo, conforme al convenio entre los Estados R y F, no cabría imponer retención alguna sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante cuando el beneficiario efectivo del dividendo sea una sociedad residente del otro Estado contratante. TCO firma un acuerdo con RCO, una institución financiera independiente residente del Estado R, conforme al cual TCO confiere a RCO el derecho a percibir los dividendos, que si bien ya han sido anunciados todavía no han sido pagados por FCO.

  En este ejemplo, a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que uno de los propósitos principales del instrumento a través del que TCO confiere a RCO el derecho a percibir los dividendos, era la obtención del beneficio del convenio entre los Estados R y F, consistente en la exención para RCO del gravamen en fuente de los dividendos, y que la concesión del beneficio como consecuencia de esta estrategia de elusión mediante la utilización abusiva del convenio por terceros sería contraria al objeto y los propósitos de dicho convenio.

— Ejemplo B: FCO, una sociedad residente del Estado F, es la filial de TCO, una sociedad residente del Estado T. El Estado T carece de convenio tributario con el Estado F y, en consecuencia, todo dividendo pagado por FCO a TCO está sujeto a una retención en fuente del 25 por ciento de acuerdo con la legislación interna del Estado F. Sin embargo, el tipo de retención aplicable a los dividendos pagados por una sociedad del Estado F a un residente del Estado R, conforme al convenio entre estos Estados, sería del 5 por ciento. TCO, por tanto, firma un contrato con RCO, una institución financiera residente del Estado R y que además tiene la consideración de persona apta conforme al subapartado c) del apartado 2 de este artículo. En virtud de dicho contrato, RCO adquiere en usufructo unas acciones preferentes sin derecho de voto y de nueva emisión sobre FCO por un periodo de tres años. TCO se mantiene como nudo propietario de dichas acciones. El usufructo le otorga a RCO el derecho a percibir los dividendos vinculados a dichas acciones preferentes. La cuantía pagada por RCO para adquirir el usufructo se corresponde con el valor actual de los dividendos correspondientes a las acciones preferentes por los próximos tres años (descontadas al tipo de interés al que TCO podría endeudarse con RCO).

  En este ejemplo, y a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que uno lo de los propósitos principales del instrumento a través del que RCO adquiere el usufructo sobre las acciones preferentes emitidas por FCO era la obtención del beneficio del convenio entre los Estados R y F, consistente en la limitación del gravamen en fuente de los dividendos al 5 por ciento, y que la concesión del beneficio como consecuencia de esta estrategia de elusión mediante la utilización abusiva del convenio por terceros sería contraria al objeto y los propósitos de dicho convenio.

— Ejemplo C: RCO, una sociedad residente del Estado R, se dedica a la producción de dispositivos electrónicos, negocio que se encuentra en plena expansión. Ahora está valorando la posibilidad de abrir una fábrica en un país emergente para así beneficiarse de unos costes de producción más bajos. Tras un estudio preliminar, se identifican posibles emplazamientos para la fábrica en tres países distintos. Los tres países ofrecen un entorno económico y político semejante pero, teniendo en cuenta que el Estado F es el único de los tres que tiene suscrito un convenio tributario con el Estado R, se opta finalmente por abrir la fábrica en dicho Estado.

  En este ejemplo, aunque se toma la decisión de invertir en el Estado F teniendo en cuenta los beneficios que ofrece el convenio tributario entre los Estados R y F, es evidente que los propósitos principales de realizar tal inversión e instalar la fábrica están relacionados con la expansión del negocio de RCO y con los menores costes de producción que ofrece ese país. En consecuencia, no es posible llegar a la conclusión de que uno de los propósitos principales de instalar la fábrica era la obtención de los beneficios del convenio. Además, teniendo en cuenta que uno de los propósitos generales de los convenios tributarios es el fomento de la inversión transfronteriza, la concesión de los beneficios del convenio entre el Estado R y el Estado F para la inversión en la fábrica construida en el Estado F sería conforme con el objeto y el propósito de las disposiciones de ese convenio.

— Ejemplo D: RCO, una institución de inversión colectiva residente del Estado R, gestiona una cartera diversificada de inversiones en el mercado financiero internacional. Actualmente, el 15 por ciento de su cartera está compuesto por acciones de sociedades residentes en el Estado F, acciones que dan lugar al pago anual de dividendos. De acuerdo con el convenio entre los Estados R y F, la retención aplicable en fuente a los dividendos se ve reducida del 30 al 10 por ciento.

  RCO, a la hora de tomar las decisiones de inversión, tiene en cuenta los beneficios fiscales que ofrece la amplia red de convenios tributarios suscritos por el Estado R. La mayoría de los inversores en RCO son residentes del Estado R, pero algunos (la minoría) lo son de Estados con los que el Estado F no tiene suscrito ningún convenio. La decisión de los inversores de invertir en RCO no está motivada por ninguna inversión en particular efectuada por RCO, como tampoco la situación tributaria de sus inversores condiciona la estrategia de inversión seguida por dicha sociedad. RCO distribuye anualmente la casi totalidad de su renta a sus inversores, tributando en el Estado R por los beneficios no distribuidos durante el año.

  Cuando RCO optó por invertir en acciones de sociedades residentes en el Estado F, tuvo en cuenta la existencia de un beneficio previsto en el convenio entre los Estados R y F respecto de los dividendos, pero este hecho resulta insuficiente por sí solo para desencadenar la aplicación del apartado 9. El objetivo de los convenios tributarios es proporcionar beneficios fiscales para estimular la inversión transfronteriza y, por lo tanto, a la hora de decidir si el apartado 9 debe aplicarse o no a una inversión, resulta necesario estudiar el contexto en el que esta se llevó a cabo. En este ejemplo, a menos que la inversión de RCO sea parte de una estrategia o esté relacionada con otra operación cuyo propósito principal era la obtención del beneficio del convenio, no sería razonable denegar a RCO el beneficio del convenio entre los Estados R y F.

— Ejemplo E: RCO es una sociedad residente del Estado R y, en los últimos 5 años, ha sido titular del 24 por ciento de las acciones de FCO, una sociedad residente del Estado F. Tras la entrada en vigor del convenio entre los Estados R y F (cuyo artículo 10 es idéntico al artículo 10 de este Modelo), RCO decide incrementar su porcentaje de participación en FCO hasta el 25 por ciento. Los hechos y circunstancias del caso revelan que la decisión de adquirir estas acciones adicionales se ha tomado fundamentalmente para beneficiarse de un tipo impositivo menor de acuerdo con el artículo 10 (2) *a*) del convenio.

  En ese caso, aunque uno de los propósitos principales de la compra de las acciones adicionales era claramente la obtención del beneficio previsto en el artículo 10 (2) *a*), el apartado 9 no sería aplicable porque se puede entender que la concesión del beneficio en dichas circunstancias sería conforme con el objeto y propósito del artículo 10 (2) *a*). Dicho subapartado recoge un umbral arbitrario del 25 por ciento a los efectos de establecer qué accionistas pueden beneficiarse de un tipo impositivo reducido sobre los dividendos y, en consecuencia, sería coherente conceder tal beneficio a un contribuyente que incrementa legítimamente su participación en una sociedad para así satisfacer dicho requisito.

— Ejemplo F: TCO es una sociedad cotizada residente del Estado T. Su negocio en tecnologías de la información, desarrollado en el Estado T, ha crecido considerablemente en los últimos años como resultado de una política ambiciosa de fusiones y adquisiciones seguida por la dirección de la sociedad. RCO, una sociedad residente del Estado R (Estado que ha celebrado múltiples convenios que ofrecen un gravamen reducido o nulo para los dividendos y cánones), es la sociedad de tenencia de valores de propiedad familiar de un grupo corporativo igualmente dedicado al sector de las tecnologías de la información. Casi todas las acciones de RCO son propiedad de residentes del Estado R familiares del emprendedor que inicialmente lanzó y desarrolló el negocio del grupo RCO. Los principales activos de RCO comprenden tanto las acciones de filiales situadas en países vecinos, incluyendo FCO que reside en el Estado F, como las patentes desarrolladas en el Estado R y cedidas a estas filiales. TCO, que desde hace mucho tiempo está interesada en adquirir el negocio del grupo RCO y sus patentes, ha hecho una oferta para adquirir todas las acciones de RCO.

  En este ejemplo, a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que los propósitos principales para adquirir a RCO están más vinculados con la expansión del negocio del grupo TCO que con la obtención de los beneficios del convenio entre los Estados R y F. El hecho de que RCO actúe principalmente como una sociedad de tenencia de valores no altera este resultado. Una vez adquiridas las acciones de RCO, es posible que la dirección de TCO tenga en cuenta los beneficios previstos en el convenio entre los Estados R y F a la hora de decidir si mantener dentro de RCO las acciones de FCO y las patentes cedidas a dicha filial. No obstante, esto no sería un propósito de la operación considerada, que es la adquisición de las acciones de RCO.

— Ejemplo G: TCO es una sociedad cotizada residente del Estado T y propietaria, directa o indirectamente, de varias filiales en diferentes países. La mayoría de estas so-

ciedades desarrollan el negocio del grupo TCO en mercados locales. En una región, TCO es propietaria de las acciones de cinco filiales, ubicadas cada una de ellas en países vecinos. TCO valora la posibilidad de constituir una sociedad regional con la intención de que ésta preste servicios del grupo a estas filiales, incluyendo servicios de gestión como contabilidad, asesoría legal y recursos humanos; servicios financieros y de tesorería, tales como la gestión de los riesgos de cambio y las operaciones de cobertura de riesgos, así como otros servicios no financieros relacionados. Tras valorar diferentes ubicaciones, TCO opta por constituir dicha sociedad regional, RCO, en el Estado R. Esta decisión está motivada por la presencia en el Estado R de mano de obra cualificada, un sistema jurídico fiable, un entorno favorable para los negocios, estabilidad política, pertenencia a una agrupación regional, una industria bancaria desarrollada y una red amplia de convenios de doble imposición, incluyendo los convenios suscritos con los otros cinco Estados donde TCO tiene filiales, que prevén tipos reducidos de gravamen en fuente.

En este ejemplo, para llegar a una conclusión sobre los propósitos de TCO a la hora de constituir RCO, no bastará con examinar los efectos que los convenios desplegarán sobre futuros pagos de las filiales a la sociedad regional. Presuponiendo que los servicios intragrupo que preste RCO, incluida la toma de decisiones necesarias para llevar a cabo su actividad, constituyen un negocio real a través del cual RCO ejerce funciones económicas esenciales, utilizando activos reales y asumiendo riesgos reales, y que dichas funciones las ejerce el propio personal de RCO en el Estado R, no sería razonable denegar los beneficios de los convenios suscritos entre el Estado R y los otros cinco Estados donde operan las filiales, a menos que existan otros hechos que indiquen que la constitución de RCO responde a otros fines tributarios o a menos que RCO realice operaciones concretas a las que sea aplicable el apartado 9 (véase el ejemplo F del párrafo 187 más adelante, respecto de intereses y otras remuneraciones que RCO pudiera obtener de sus actividades financieras intragrupo).

— Ejemplo H: TCO es una sociedad residente del Estado T que cotiza en el mercado de valores de dicho Estado. Es la matriz de una empresa multinacional dedicada a múltiples actividades económicas a nivel global (venta mayorista, venta minorista, fabricación, inversión, finanzas, etc.).

Diversos problemas relacionados con el transporte, las diferencias horarias, la disponibilidad limitada de personal que hable con fluidez otros idiomas y la presencia de socios comerciales en el extranjero, hacen difícil que TCO pueda dirigir sus actividades en el extranjero desde el Estado T. Por estas razones, constituye RCO, una filial residente del Estado R (un país que cuenta con un mercado internacional y financiero desarrollado, así como abundancia de recursos humanos altamente cualificados), como base para llevar a cabo sus negocios en el exterior. Esta sociedad desarrolla múltiples actividades, como la venta mayorista y minorista, fabricación, financiación e inversión nacional e internacional. RCO tiene además los recursos humanos y financieros necesarios para desempeñar tales actividades (en diversas áreas como la legal, financiera, contabilidad, fiscalidad, gestión de riesgos, auditoría y control interno). De esta manera, resulta claro que las actividades de RCO responden al desempeño de una actividad económica en el Estado R.

Como parte de sus actividades, RCO se encarga también del desarrollo de nuevas fábricas en el Estado F. Para ello, contribuye con capital social y concede préstamos a FCO, filial residente del Estado F constituida por RCO para que asuma la propiedad de dichas fábricas. RCO recibirá dividendos e intereses procedentes de FCO.

En este ejemplo, la constitución de RCO responde a razones de eficiencia empresarial, y la financiación proporcionada a FCO a través de capital y deuda es parte del desempeño de una actividad económica por RCO en el Estado R. A la vista de estos hechos y en ausencia de otros que demuestren que uno de los propósitos principales de la constitución de RCO o de la financiación proporcionada a FCO era la obtención de los beneficios del convenio entre los Estados R y F, el apartado 9 no será aplicable a estas operaciones.

— Ejemplo I: RCO, una sociedad residente del Estado R, es una de las múltiples entidades de gestión colectiva dedicadas a conceder licencias por cuenta de los titulares de derechos de autor y derechos conexos para la reproducción pública de música o para la emisión de dicha música en radio, televisión o internet. FCO, una sociedad residente del Estado F, desempeña actividades similares en el Estado F. Intérpretes y titulares de derechos de autor de diversos países contratan a RCO o FCO como su agente para la cesión de licencias y la percepción de cánones derivados de esos derechos de autor y derechos conexos; RCO y FCO distribuyen a cada titular de los derechos los cánones que reciben por cuenta de ellos descontando una comisión (en la mayoría de los casos, la cuantía distribuida a cada titular es relativamente pequeña). RCO ha firmado un acuerdo con FCO a través del cual FCO concede licencias a usuarios del Estado F y distribuye a RCO los cánones relativos a los derechos que esta gestiona; RCO hace lo propio en el Estado R respecto de los derechos que gestiona FCO. FCO ha llegado a un acuerdo con la administración tributaria del Estado F conforme al cual tramitará la retención sobre los cánones pagados a RCO teniendo en cuenta los convenios suscritos entre el Estado F y el Estado de residencia de cada titular de derechos representado por RCO, basándose en la información proporcionada por dicha sociedad, pues estos titulares constituyen los beneficiarios efectivos de los cánones pagados por FCO a RCO.

  En este ejemplo, parece claro que los acuerdos entre los titulares de los derechos y RCO y FCO, así como el suscrito entre ellas, responden a la búsqueda de una gestión más eficiente de la concesión de licencias y del cobro de cánones respecto de un gran volumen de operaciones de escasa cuantía. Aunque se pueda entender que uno de los propósitos de dichos acuerdos es garantizar la aplicación del tipo de retención correspondiente de acuerdo con el convenio aplicable, sin que cada titular de derechos tenga que solicitar una devolución en relación con pagos de escaso importe, lo que sería engorroso y caro, es claro que dicho propósito promueve una aplicación correcta y eficiente de los convenios, por lo que es conforme con el objeto y los propósitos de las disposiciones aplicables de los convenios.

— Ejemplo J: RCO es una sociedad residente del Estado R. Dicha sociedad ha presentado con éxito una oferta para la construcción de una planta de energía para FCO, una sociedad independiente residente del Estado F. La duración de dicho proyecto de construcción se estima en 22 meses. Durante la negociación del contrato, el pro-

yecto se divide en dos contratos de 11 meses de duración. El primero lo suscribe RCO y el segundo FILCO, una filial recientemente constituida y enteramente participada por RCO, residente del Estado R. A petición de FCO, que quería asegurarse de que RCO fuera responsable contractual por la ejecución de ambos contratos, se suscriben una serie de acuerdos contractuales conforme a los cuales RCO queda como responsable solidaria de FILCO por la ejecución de las obligaciones contractuales de ésta en virtud del contrato firmado entre FILCO y FCO.

En este ejemplo, y en ausencia de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, cabe concluir que uno de los propósitos principales de la celebración de contratos separados, conforme a los cuales FILCO acepta llevar a cabo una parte del proyecto de construcción, era el acceso de ambas, RCO y FILCO, al beneficio del apartado 3 del artículo 5 del convenio tributario entre los Estados R y F. La concesión del beneficio en estas circunstancias sería contraria al objeto y los propósitos de dicho apartado, pues de lo contrario el umbral temporal recogido en él quedaría vacío de contenido.

— Ejemplo K: RCO, una sociedad residente del Estado R, es una filial íntegramente participada de Fondo, que es un inversor institucional residente del Estado T, constituido conforme a la reglamentación del Estado T y sujeto a ella. RCO tiene como único propósito obtener un rendimiento de las inversiones en su condición de plataforma regional de inversión de Fondo gracias a la adquisición y la gestión de una cartera diversificada de inversiones privadas en países pertenecientes a una agrupación regional entre los que se encuentra R. La decisión para establecer la plataforma de inversión regional en el Estado R estuvo motivada principalmente por la existencia de administradores con conocimiento de las reglas y prácticas de esa actividad en esa área geográfica, la existencia de mano de obra cualificada y multilingüe, la pertenencia del Estado R a una agrupación regional y la extensa red de convenios tributarios suscritos por el Estado R, entre los que se incluye el convenio con el Estado F, que prevén tipos reducidos de retención en fuente. RCO contrata a un equipo local de gestores con experiencia para examinar las recomendaciones de inversión de Fondo y llevar a cabo otras funciones que, dependiendo del caso, pueden incluir la aprobación y el control de inversiones, la ejecución de funciones de tesorería, la llevanza de los libros y registros de RCO, y verificar el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias en los Estados en los que invierte. Fondo designa a los integrantes del consejo de administración de RCO, integrado en su mayor parte por consejeros residentes del Estado R con experiencia en la gestión de inversiones, así como por miembros del equipo de gestión mundial de Fondo. RCO paga impuestos y presenta sus declaraciones fiscales en el Estado R.

RCO se está planteando proceder a invertir en FCO, una sociedad residente del Estado F. La inversión en FCO constituiría únicamente una parte de la cartera de inversiones totales de RCO, que comprende, además de las inversiones en el Estado F, otras inversiones en diversos países que también forman parte de su agrupación regional. En virtud del convenio tributario entre el Estado R y el Estado F, el tipo de retención en la fuente respecto de los dividendos, se reduce del 30 al 5 por ciento. En virtud del convenio entre el Estado F y el Estado T, el tipo de retención en fuente sobre los dividendos es del 10 por ciento.

Al adoptar la decisión de si invertir o no en FCO, RCO tiene en cuenta el beneficio que concede el convenio entre el Estado R y el Estado F en relación con los dividendos, pero esta consideración no es, por sí misma, suficiente para desencadenar la aplicación del apartado 9. La intención de los convenios tributarios es conceder beneficios que promuevan la inversión transfronteriza y, por tanto, para determinar si el apartado 9 se aplica o no a una inversión, es necesario examinar el contexto en el que esta se realiza, incluyendo las razones que motivan la constitución de RCO en el Estado R, así como las funciones de inversión y otras ejercidas en el Estado R. En este ejemplo, la ausencia de otros hechos y circunstancias que muestren que la inversión de RCO se inscribe en un instrumento o está relacionada con otra operación cuyos propósitos principales consisten en la obtención del beneficio del Convenio, no será razonable denegar a RCO el beneficio del convenio tributario suscrito entre los Estados R y F.

— Ejemplo L: RCO, una sociedad de titulización residente del Estado R, fue creada por un banco que le vendió una cartera de préstamos y otros derechos de crédito cuyos deudores están situados en distintos Estados. RCO se financia íntegramente mediante deuda. RCO ha emitido una única acción que se mantiene en fideicomiso y carece de valor económico. La financiación mediante deuda de RCO se sustenta en la emisión de obligaciones que poseen un gran número de terceros inversores. Las obligaciones se cotizan en un mercado de valores reconocido que permite su negociación en un mercado secundario, y están depositadas en un sistema de compensación. A fin de cumplir las obligaciones reglamentarias, el banco conserva un pequeño porcentaje de esos títulos de deuda cotizados, emitidos por RCO, y que poseen un gran número de inversores. En este momento, el 60 por ciento de la cartera de RCO está compuesta por cuentas por cobrar de pequeñas y medianas empresas residentes del Estado F, de las que RCO recibe regularmente pagos de intereses. El banco es residente del Estado T, Estado que ha suscrito un convenio tributario con el Estado F que otorga beneficios equivalentes a los previstos en el convenio entre el Estado R y el Estado F. En aplicación del convenio entre los Estados R y F, el tipo de la retención en fuente sobre los intereses está limitado al 10 por ciento (la legislación interna del Estado F prevé un tipo de retención del 30 por ciento).

Al constituir RCO, el banco tuvo en cuenta un gran número de factores, entre ellos el sólido marco para la titulización que ofrece el Estado R, su legislación en esta materia y otras, la disponibilidad de personal experimentado y competente y de servicios de apoyo en el Estado R, así como los beneficios fiscales que procura la extensa red de convenios de dicho Estado. La decisión de los inversores de invertir en RCO no está dictada por ninguna inversión en concreto de esta sociedad, del mismo modo que la estrategia de inversión de RCO no está condicionada por la situación fiscal de sus inversores. RCO tributa en el Estado R respecto de las rentas que percibe y puede deducirse íntegramente los intereses que paga a sus inversores.

Al tomar la decisión de vender los créditos adeudados por residentes del Estado F, el banco y RCO tuvieron en cuenta la existencia del beneficio fiscal previsto en el convenio entre el Estado R y el Estado F respecto de los intereses, pero esta consideración no es, por sí misma, suficiente para desencadenar la aplicación del apartado 9. La intención de los convenios tributarios es conceder beneficios que promuevan la

inversión transfronteriza y, por tanto, para determinar si el apartado 9 se aplica o no a una inversión, es necesario examinar el contexto en el que esta se realiza. En este ejemplo, la ausencia de otros hechos y circunstancias que muestren que la inversión de RCO se inscribe en un instrumento o está relacionada con otra operación cuyo propósito principal consista en la obtención del beneficio del Convenio, no será razonable denegar a RCO el beneficio del convenio suscrito entre los Estados R y F.

— Ejemplo M: Fondo Inmobiliario es una sociedad de personas fiscalmente transparente conforme a la legislación fiscal del Estado C, constituida para invertir en una cartera de inversiones inmobiliarias en un área geográfica concreta. El gestor de Fondo Inmobiliario es un gestor de fondos regulado y las participaciones en el mismo se comercializan a inversores institucionales, tales como fondos de pensiones y fondos soberanos, sobre la base de la estrategia de inversión definida para este fondo. Una pluralidad de inversores residentes en distintos Estados asignan fondos a Fondo Inmobiliario. La estrategia de inversión de Fondo Inmobiliario, descrita en su publicidad, no está condicionada por la situación fiscal de sus inversores, sino que se basa en la inversión en ciertos activos inmobiliarios con el propósito de maximizar su valor y obtener plusvalías con la enajenación de las inversiones. Fondo Inmobiliario invierte a través de RCO, una sociedad de tenencia constituida en el Estado R. RCO gestiona todos los activos consistentes en bienes inmuebles de Fondo Inmobiliario, y los posee indirectamente a través de sociedades íntegramente participadas residentes de los Estados en los que están situados los inmuebles; también dota a estas entidades locales, que poseen directamente las inversiones subyacentes, con financiación mediante deuda o fondos propios. RCO se constituyó por diversas razones comerciales y jurídicas, entre ellas la de proteger a Fondo Inmobiliario de deudas y potenciales reclamaciones relativas a los bienes inmuebles del fondo, facilitar financiación mediante deuda (incluso de terceros inversores) y la realización, gestión y venta de las inversiones. También se creó con el propósito de gestionar las solicitudes de desgravación en relación con las retenciones en fuente en virtud de los convenios aplicables. Esta función de RCO es importante, ya que desde el punto de vista administrativo es más simple para una sociedad obtener los beneficios del convenio que hacer que cada inversor institucional presente sus propias solicitudes de desgravación, especialmente cuando las desgravaciones a las que cada inversor tenga derecho respecto de elementos de renta concretos en virtud del convenio aplicable representen importes pequeños. Tras analizar los posibles emplazamientos Fondo Inmobiliario decide crear RCO en el Estado R. Esta decisión está motivada principalmente por la estabilidad política del Estado R, sus sistemas jurídico y reglamentario, el conocimiento de los entornos crediticio y de inversión, la disponibilidad de personal debidamente cualificado y la extensa red de convenios del Estado R, incluidos los convenios con otros Estados del área geográfica concreta en la que se prevé la inversión. Sin embargo, RCO no obtiene más beneficios por razón de los convenios que los que hubieran obtenido los inversores si hubieran realizado las mismas inversiones directamente en esos Estados y los beneficios aplicables hubieran sido los de los convenios suscritos por sus Estados de residencia.

  En este ejemplo, si bien la decisión de situar RCO en el Estado R se adopta a la vista de la existencia de beneficios derivados de los convenios tributarios entre el Estado

R y los Estados del área geográfica en la que se desea hacer la inversión, es evidente que las inversiones inmobiliarias de RCO se realizan por razones comerciales que responden a la estrategia de inversión del fondo. Asimismo, RCO no obtiene más beneficios por razón de los convenios que los que hubieran obtenido los inversores y cada Estado en el que RCO realiza inversiones inmobiliarias puede gravar la renta que procede directamente de esas inversiones. En ausencia de otros factores o circunstancias que prueben que las inversiones de RCO se enmarcan en un instrumento o tienen relación con otra operación cuyo propósito principal sea obtener el beneficio del Convenio, no sería razonable denegar el beneficio de los convenios entre el Estado R y los Estados en los que están situadas las inversiones inmobiliarias de RCO.

183. En algunos Estados, la aplicación de la norma general anti-abuso de la legislación interna está sujeta a algún tipo de proceso de aprobación. En ocasiones, dicho proceso prevé que, en aras de su agilización, sean funcionarios de alto nivel de la administración quienes examinen las controversias relativas a estas disposiciones. En otros casos, el proceso requiere la intervención de una comisión consultiva que transmita a la administración su opinión sobre la aplicación de la norma. La existencia de este tipo de procesos de aprobación revela la complejidad inherente de estas normas y promueve una aplicación coherente de las mismas. Es posible que los Estados deseen establecer un proceso administrativo de este estilo para garantizar que el apartado 9 se aplica únicamente tras la aprobación de un comité de alto nivel dentro de la administración.

184. Por otra parte, algunos Estados entienden que, cuando a una persona se le deniega el beneficio del convenio en virtud del apartado 9, la autoridad competente del Estado contratante que hubiera concedido este beneficio deberá tener la posibilidad de tratar a dicha persona como si estuviera legitimada a obtener este u otros beneficios respecto del elemento de renta o patrimonio en cuestión, en los casos en que, incluso en ausencia del instrumento u operación que desencadenó la aplicación del apartado 9, dichos beneficios se hubieran concedido a esa persona. Para permitir esta posibilidad, dichos Estados pueden incluir este apartado adicional en sus convenios bilaterales:

> 10. Cuando, en virtud del apartado 9, se deniegue a una persona la aplicación de un beneficio previsto en este Convenio, la autoridad competente del Estado contratante que, de otro modo, hubiera concedido el beneficio tratará no obstante a esa persona como legitimada para la obtención del mismo, o de otros beneficios en relación con un determinado elemento de renta o de patrimonio, si dicha autoridad competente, a instancia de esa persona y tras haber considerado los hechos y circunstancias pertinentes, determina que esa persona hubiera obtenido los beneficios aun sin mediar la operación o el instrumento a los que se refiere el apartado 9. La autoridad competente del Estado contratante a la que un residente del otro Estado contratante haya presentado una solicitud en el sentido de este apartado, consultará con la autoridad competente del otro Estado antes de desestimar la solicitud.

185. A los efectos de esta disposición alternativa, tanto la determinación de que los beneficios se hubieran concedido aun no mediando la operación o el instrumento a los que se refiere el apartado 9 como la determinación de los beneficios que debieran concederse, quedan a discreción de la autoridad competente que recibe la solicitud. La disposición alternativa confiere un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad competente para realizar tales determinaciones. No obstante, la disposición exige a dicha autoridad que considere los hechos

y circunstancias pertinentes antes de tomar la decisión y que consulte a la autoridad competente del otro Estado contratante antes de desestimar una solicitud para acogerse a los beneficios del convenio, si esta la planteó un residente de ese otro Estado. La primera exigencia pretende garantizar que la autoridad competente examine cada solicitud de forma individualizada, mientras que la segunda busca asegurar que los Estados contratantes traten supuestos similares de manera coherente y sean capaces de justificar su decisión atendiendo a los hechos y circunstancias del caso concreto. No obstante, este proceso de consulta no obliga a la autoridad competente destinataria de la solicitud a obtener la aquiescencia de la autoridad competente consultada.

186. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de esta disposición alternativa. Supongamos que una persona física residente del Estado R y titular de acciones de una sociedad residente del Estado F cede el derecho de cobro de los dividendos que distribuya dicha sociedad a otra sociedad residente del Estado R que es propietaria de más del 10 por ciento del capital de la sociedad pagadora con el propósito principal de obtener el tipo reducido de gravamen en fuente previsto en el subapartado *a*) del apartado 2 del artículo 10. En ese caso, si se entiende que el beneficio de dicho subapartado debe denegarse en virtud del apartado 9, la disposición alternativa permitirá que la autoridad competente del Estado F conceda el beneficio del tipo de gravamen reducido previsto en el subapartado *b*) del apartado 2 del artículo 10 si dicha autoridad competente determina que el beneficio se hubiera concedido no habiendo cedido el derecho de cobro de dividendos a otra sociedad.

187. Es posible que algunos Estados, por diversas razones, no puedan aceptar la norma recogida en el apartado 9. Estos Estados, para poder combatir de manera efectiva todas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros, necesitarán complementar la cláusula de limitación de beneficios de los apartados 1 a 7 con normas que hagan frente a las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios comúnmente conocidas como "estrategias de canalización de rentas a través de sociedades instrumentales", pues éstas no escaparían del ámbito de dichos apartados. Estas normas combatirían este tipo de estrategias denegando los beneficios previstos en las disposiciones del Convenio, o de algunos de ellos (por ejemplo los previstos en los artículos 7, 10, 11, 12 y 21), respecto de las rentas obtenida a partir de una estrategia de canalización de rentas a través de una sociedad instrumental o como parte de la misma. También pueden adoptar la forma de normas internas anti-abuso o doctrinas jurisprudenciales que conduzcan a un resultado similar. Los siguientes ejemplos muestran algunos tipos de estrategias de canalización de rentas que deben ser abordadas por dichas normas, así como ejemplos de operaciones que no deben recibir tal consideración a estos efectos:

— Ejemplo A: RCO es una sociedad cotizada residente del Estado R, propietaria de la totalidad de las acciones de FCO, una sociedad residente del Estado F. TCO, una sociedad residente del Estado T (Estado sin convenio con el Estado F) está interesada en adquirir una participación minoritaria de FCO, pero cree que la retención que el Estado F aplicaría sobre los dividendos conforme a su legislación interna haría que dicha inversión no fuera rentable. RCO propone que FCO emita acciones preferentes que generen un rendimiento fijo del 4 por ciento más un rendimiento variable del 20 por ciento sobre los beneficios netos de FCO. El vencimiento de estas acciones preferentes se producirá a los 20 años. TCO celebra un contrato aparte con RCO conforme al cual la primera pagará a la segunda una cuantía igual al precio de emi-

sión de las acciones preferentes a cambio de recibir de RCO el precio de rescate de las acciones una vez pasados los 20 años. Durante esos 20 años, RCO pagará a TCO un importe equivalente al 3,75 por ciento del precio de emisión más el 20 por ciento de los beneficios netos de FCO.

Este instrumento constituye una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental que debe combatirse mediante las normas antes mencionadas, pues uno de los propósitos principales de la participación de RCO en dicho negocio es la obtención de un tipo de retención reducido para TCO.

— Ejemplo B: FCO, una sociedad residente del Estado F, ha emitido una única clase de acciones, todas ellas propiedad de RCO, una sociedad residente del Estado R. De igual modo, RCO tiene una única clase de acciones en circulación, todas ellas propiedad de TCO, una sociedad residente del Estado T (Estado sin convenio con el Estado F). RCO se dedica a la fabricación de productos electrónicos y FCO es la distribuidora exclusiva de los productos de RCO en el Estado F. En virtud del apartado 3 de la cláusula de limitación de beneficios, RCO tendrá derecho a los beneficios respecto de los dividendos que perciba de FCO, a pesar de que las acciones de RCO sean propiedad de un residente de un tercer Estado.

  Este ejemplo se refiere a una estructura comercial ordinaria en la cual RCO y FCO realizan actividades económicas reales en sus respectivos Estados. El pago de dividendos por parte de filiales como FCO constituye una práctica ordinaria. A falta de pruebas que demuestren que uno de los propósitos principales para poner en marcha esta estructura era hacer circular los dividendos desde FCO a TCO, no se entenderá que dicha estructura constituye una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental.

— Ejemplo C: TCO, una sociedad residente del Estado T (Estado sin convenio con el Estado F) hace un préstamo de 1.000.000 a FCO, una sociedad residente del Estado F y filial enteramente participada por la primera, y lo hace a cambio de un pagaré emitido por FCO. TCO se percata más adelante de que puede evitar la retención que practica el Estado F sobre el interés si cede el pagaré a RCO, otra filial de su propiedad que reside en el Estado R (el convenio en vigor entre los Estados R y F impide el gravamen en fuente de los intereses en ciertos casos). Así pues, TCO cede el pagaré a RCO a cambio de otro pagaré emitido por RCO a favor de TCO. Mientras que el pagaré emitido por FCO estipula un interés del 7 por ciento, el pagaré emitido por RCO prevé un interés del 6 por ciento.

  La operación a través de la que RCO adquiere el pagaré emitido por FCO constituye una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental, pues está concebida para eliminar el gravamen en fuente que, de otro modo, hubiera soportado TCO en el Estado F.

— Ejemplo D: TCO, una sociedad residente del Estado T (Estado sin convenio con el Estado F), es titular de todas las acciones de FCO, una sociedad residente del Estado F. Durante mucho tiempo, TCO ha efectuado sus operaciones bancarias con RCO, un banco residente del Estado R e independiente de TCO y FCO, puesto que el sistema bancario en el Estado T es relativamente poco sofisticado. Así pues, TCO

tiende a mantener un depósito bancario sustancial en dicho banco. Cuando FCO precisa de un préstamo para financiar una adquisición, TCO le sugiere que lo acuerde con RCO, buen conocedor de la actividad económica de TCO y FCO. FCO negocia el préstamo con diversos bancos, ofreciendo todos ellos unas condiciones equiparables a las propuestas por RCO, pero finalmente opta por firmar el contrato de préstamo con este último, en parte porque los intereses pagados a este banco no quedan sujetos a un gravamen en fuente en el Estado F conforme al convenio suscrito entre los Estados R y F, mientras que los intereses pagados a bancos residentes del Estado T sí estarían sujetos a gravamen en el Estado F.

El hecho de que los beneficios del convenio entre los Estados R y F estén disponibles en caso de que FCO reciba un préstamo de RCO, y que no ocurra lo mismo si lo recibe de otros Estados, es un factor que sin duda ha influido en la decisión tomada por FCO (que puede verse igualmente influida por el consejo de TCO, su único accionista). Incluso es posible defender que se trata de un factor decisivo, en la medida en que, permaneciendo el resto constante, el acceso a los beneficios del convenio puede inclinar la balanza a favor de acordar el préstamo con RCO y no con otro prestamista. No obstante, la determinación de si el acceso a los beneficios del convenio fue uno de los propósitos principales de la operación debe hacerse teniendo en cuenta los hechos y circunstancias del caso. En los hechos arriba expuestos, RCO es independiente de las sociedades TCO y FCO y no existe ningún indicio que apunte a que el interés pagado por FCO circule hacia TCO en un sentido u otro. El hecho de que TCO haya mantenido tradicionalmente depósitos sustanciales en RCO indica igualmente que el préstamo a FCO no se corresponde con un depósito específico de TCO. Teniendo en cuenta los hechos concretos expuestos, es poco probable que la operación pueda constituir una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental.

No obstante, si la decisión de RCO de conceder un préstamo a FCO dependiera de que la sociedad T constituyera un depósito de cuantía equivalente como garantía del préstamo, de manera tal que RCO no hubiera accedido a acordar el préstamo en condiciones esencialmente idénticas en ausencia de dicho depósito, los hechos indicarían que TCO estaba haciendo un préstamo indirecto a FCO a través de un banco del Estado R, por lo que en tal caso la operación constituiría una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental.

— Ejemplo E: RCO, una sociedad cotizada residente del Estado R, es la sociedad de tenencia de valores de un grupo industrial dedicado a un sector tecnológico muy competitivo. El grupo lleva a cabo investigaciones en filiales repartidas en todo el mundo. Las filiales ceden a RCO las licencias sobre las patentes que desarrollan, quien posteriormente cede la tecnología a las filiales que la necesitan. RCO se queda únicamente con un pequeño margen de los cánones que recibe, de manera que la mayoría de los beneficios van a parar a la filial que asumió los riesgos correspondientes al desarrollo de la tecnología. TCO, una sociedad residente de un Estado con el que el Estado F carece de convenio, ha desarrollado un proceso capaz de incrementar sustancialmente la rentabilidad de todas las filiales de RCO, incluida FCO, una sociedad residente del Estado F. Siguiendo su práctica habitual, RCO es la cesionaria de las licencias sobre la tecnología de TCO y sublicencia la tecnología a

sus filiales. FCO paga un canon a RCO, y prácticamente la totalidad de la cuantía de dicho canon se paga a TCO.

En este ejemplo no hay indicios de que RCO haya establecido su negocio de concesión de licencias con el objeto de reducir el gravamen en fuente en el Estado F. RCO, por la forma en que estructura su actividad de cesión de licencias y sublicencias, se ajusta al comportamiento y a la organización empresarial estándar de su grupo. Asumiendo que utiliza esta misma estructura respecto de otras filiales que llevan a cabo actividades similares en países con los que existen convenios que ofrecen beneficios equivalentes o más favorables, cabría concluir que el acuerdo entre FCO, RCO y TCO no constituye una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental.

— Ejemplo F: TCO es una sociedad cotizada residente del Estado T, con quien el Estado F no tiene un convenio en vigor. TCO es la matriz de un grupo multinacional que engloba a RCO, una sociedad residente del Estado R, y a FCO, una sociedad residente del Estado F. FCO desempeña una actividad económica en el Estado F. Por su parte, RCO es responsable de coordinar la financiación de todas las filiales de TCO, manteniendo un sistema centralizado para la gestión de la contabilidad de ésta y de sus filiales, donde quedan registradas todas las cuentas por cobrar y por pagar entre el grupo. Además, RCO se encarga de cobrar y abonar todos los pagos en efectivo derivados de las operaciones entre las filiales y partes independientes. RCO firma contratos de tipos de interés y de cambio de divisa necesarios para gestionar los riesgos derivados de los desajustes entre los flujos de caja entrantes y salientes. Las actividades de RCO tienen como finalidad (y cabe esperar que lo consiga) la reducción de los costes operativos y generales, así como otros tipos de costes fijos. RCO cuenta con 50 empleados en el Estado R, incluyendo el personal administrativo y otro personal de apoyo; un número que refleja el volumen de actividad asumido por dicha sociedad. TCO presta a RCO 15 millones en moneda A (equivalentes a 10 millones en moneda B) a cambio de un pagaré a 10 años a un 5 por ciento de interés anual. Ese mismo día, RCO presta 10 millones en moneda B a FCO a cambio de un pagaré a 10 años a un 5 por ciento de interés anual. RCO no acuerda una cobertura de riesgos a largo plazo respecto de estas operaciones financieras, pero sí gestiona los riesgos de estas operaciones que se derivan de los tipos de interés y de cambio, y lo hace a diario, semanal o trimestralmente mediante la firma de contratos de cambio de divisas a plazo.

  En este ejemplo, parece que RCO realiza una actividad económica real, ejerciendo funciones económicas esenciales, utilizando activos reales y asumiendo riesgos reales; también realiza actividades significativas respecto de las operaciones con TCO y FCO, actividades que resultan comunes dentro de su negocio de tesorería. Además, parece que dicha sociedad asume los riesgos derivados de los tipos de interés y los tipos de cambio. A la vista de estos hechos, y en la medida en que no existan otros que indiquen que uno de los propósitos principales de estos préstamos era la elusión del gravamen en fuente en el Estado F, se entenderá que los préstamos concedidos de TCO a RCO y de RCO a FCO no constituyen una estrategia de canalización de rentas a través de sociedad instrumental.

Observaciones a los Comentarios

188. *Estados Unidos* no está de acuerdo con la afirmación contenida en el párrafo 77 según la cual para la determinación del carácter de sustancial previsto en el subapartado *b*) del apartado 3, deben tenerse en cuenta los volúmenes relativos de las economías y mercados en los dos Estados.

Reservas al artículo

189. *Bélgica, Hungría, Luxemburgo* y *Suiza* se reservan el derecho a no incluir el apartado 8 en sus convenios.

190. *Portugal* se reserva el derecho a no incluir el subapartado *c*) del apartado 8 en sus convenios.

191. *Estados Unidos* se reserva el derecho a ampliar el ámbito del apartado 8 a fin de incluir las rentas consideradas como atribuibles a un establecimiento permanente en el Estado de la fuente y a los establecimientos permanentes de Estados que no tengan suscrito un convenio tributario con el Estado de la fuente, independientemente del tipo impositivo, a menos que el Estado de residencia integre la renta en la base imponible.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 30
RELATIVO A LA EXTENSIÓN TERRITORIAL DEL CONVENIO

1. Algunos convenios de doble imposición precisan los territorios a los que se aplican. Algunos de ellos establecen, además, que sus disposiciones pueden extenderse a otros territorios y determinan cómo y cuándo puede realizarse la extensión. Una cláusula de esa naturaleza es de particular interés para los Estados que tienen territorios de ultramar o que son responsables de las relaciones internacionales de otros Estados o territorios, especialmente en la medida en que admite que la extensión puede realizarse mediante intercambio de notas diplomáticas. Presenta igualmente interés cuando se trate de extender las disposiciones del Convenio a una parte del territorio de un Estado contratante que, por disposición especial, hubiera quedado excluido del mismo. El artículo, que permite la extensión por cualquier otro procedimiento que sea conforme a las normas constitucionales de los Estados, está redactado en términos aceptables desde el punto de vista de las constituciones de todos los países miembros de la OCDE a los que atañe esa disposición. La única condición previa para que pueda considerarse la extensión de un convenio a otros Estados o territorios es que estos apliquen impuestos de naturaleza sustancialmente similar a los comprendidos en el ámbito del convenio.

2. El artículo establece que el Convenio puede extenderse en su totalidad o con las modificaciones necesarias, que la extensión surtirá efectos desde la fecha y en las condiciones que acuerden los Estados contratantes y, finalmente, que la denuncia del Convenio determina el cese automático de su aplicación a los Estados o territorios a los que se haya extendido, salvo que los Estados contratantes hayan convenido otra cosa.

Reservas al artículo

3. Estados Unidos se reserva el derecho a no seguir el artículo 30.

COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 RELATIVOS A LA ENTRADA EN VIGOR Y DENUNCIA DEL CONVENIO

1. Estas disposiciones relativas al procedimiento de entrada en vigor, ratificación, y denuncia, se han redactado para los convenios bilaterales y se corresponden con las reglas que normalmente contienen los acuerdos internacionales.

2. Para algunos Estados contratantes puede ser necesario añadir una disposición al primer apartado del artículo 31 para indicar qué autoridades deben autorizar la ratificación. Otros Estados contratantes pueden convenir que el artículo indique que la entrada en vigor tiene lugar a partir del canje de las notas que confirmen que cada Estado ha cumplido con los procedimientos necesarios para la misma.

3. Los Estados contratantes pueden convenir que el Convenio entre en vigor una vez transcurrido un plazo concreto a partir del intercambio de los instrumentos de ratificación o después de la confirmación de que cada Estado ha cumplido los procedimientos necesarios al efecto.

4. No se ha redactado ninguna disposición relativa a la fecha en que el Convenio comienza a surtir efectos o deja de hacerlo, ya que estas disposiciones dependerán en gran medida de la legislación interna de los Estados contratantes en cuestión. Algunos Estados liquidan el impuesto sobre la renta percibida en el año en curso, otros sobre la percibida en el año anterior, mientras otros, por último, tienen un ejercicio fiscal distinto del año civil. Además, en algunos convenios la fecha establecida para que las disposiciones surtan efecto, o dejen de hacerlo, es distinta según se trate de impuestos retenidos en la fuente o de impuestos exigidos mediante declaración.

5. Dada la conveniencia de que el Convenio permanezca en vigor al menos durante un cierto período, el artículo relativo a la denuncia establece que esta solo puede notificarse a partir de un determinado año y que ha de fijarse de común acuerdo. Los Estados contratantes pueden decidir cuál es el primer año en el que podrá notificarse la denuncia o, si lo desean, no señalar ningún año.

POSICIONES DE PAÍSES NO INTEGRANTES DE LA OCDE RESPECTO DEL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO DE LA OCDE

INTRODUCCIÓN

1. Cuando en 1991 el Comité de Asuntos Fiscales adoptó el concepto de Modelo de Convenio tributario revisable decidió también, ya que la influencia del Modelo de Convenio tributario se extendía mucho más allá del ámbito de los países miembros de la OCDE, que el proceso continuo de actualización del Modelo de Convenio tributario debía abrirse a las aportaciones de los países no integrados en la OCDE.

2. De acuerdo con esa decisión, el Comité de Asuntos Fiscales acordó en 1996 organizar reuniones anuales que permitieran a los expertos de los países miembros y de algunos países no miembros de la OCDE discutir cuestiones relativas a la negociación, aplicación e interpretación de los convenios tributarios. Además, reconociendo que solo cabría esperar que los países no integrados en la OCDE se unieran al desarrollo del Modelo de Convenio tributario si conservaban la libertad de expresar su desacuerdo con sus contenidos, el Comité decidió que estos países debían tener, de la misma forma que los países miembros, la posibilidad de identificar los aspectos en los que no pudieran acomodarse al texto de un artículo o a una interpretación expresada en los Comentarios.

3. Todo ello llevó a la inclusión de esta sección en el Modelo de Convenio tributario, que contiene las posiciones de algunos países no integrados en la OCDE respecto de los artículos del Modelo y de los Comentarios a los mismos. La intención es que este documento se actualice periódicamente, como el resto del Modelo de Convenio tributario, para recoger los cambios en las opiniones de los países participantes.

4. Este documento recoge las posiciones de los siguientes países no integrados en la OCDE sobre el Modelo de Convenio tributario:

Albania	Argentina	Armenia
Azerbaiyán	Bielorrusia	Brasil
Bulgaria	Colombia	Costa de Marfil
Costa Rica	Croacia	Emiratos Árabes Unidos
Filipinas	Gabón	Georgia
Hong Kong, China	India	Indonesia
Kazajistán	Lituania	Malasia
Marruecos	República Democrática del Congo	República Popular China
Rumanía	Rusia	Serbia
Singapur	Sudáfrica	Tailandia
Túnez	Ucrania	Vietnam

5. Aunque estos países están de acuerdo en términos generales con el texto de los artículos del Modelo de Convenio tributario y con las interpretaciones expresadas en los Comentarios, existen para cada una de ellos ciertos ámbitos de desacuerdo. Las posiciones presentadas en esta sección indican, respecto de cada artículo, cuándo un país está en des-

acuerdo con el texto del artículo y cuándo está en desacuerdo con una interpretación expresada en los Comentarios relativos al artículo[1]. Como en el caso de las observaciones y reservas de los países miembros, no se hace referencia a los casos en que un país desee complementar el texto de un artículo con disposiciones que no estén en conflicto con el artículo, especialmente si tales disposiciones se presentan como posibles alternativas en los Comentarios, o en los que desee sostener una interpretación que no esté en conflicto con los Comentarios relativos al mismo.

[1] Indonesia y la República Popular China desean aclarar expresamente que las posiciones que expresan en este apartado no les vinculan en las negociaciones con otros países.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 1 (PERSONAS COMPRENDIDAS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Filipinas* se reserva el derecho a gravar a sus ciudadanos con arreglo a su legislación interna.

2. *Costa Rica, Serbia* y *Singapur* formulan una reserva respecto del apartado 2.

3. *India* se reserva el derecho a no incluir el apartado 2 del artículo 1 en sus convenios tributarios.

4. *Costa Rica, Serbia* y *Singapur* formulan una reserva respecto del apartado 3.

Posiciones sobre los Comentarios

5. India no comparte la interpretación dada en el apartado 7 de los Comentarios al artículo 1 según la cual, la expresión "renta obtenida por una entidad o instrumento [...] o que se obtenga a través de ellos" comprende la renta que perciba una entidad, o que se perciba a través de ella, que puede no ser residente de ninguno de los Estados contratantes. India considera que esta expresión incluye únicamente las rentas que obtengan entidades residentes de uno o de ambos Estados, o que se obtengan a través de ellas.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 2 (IMPUESTOS COMPRENDIDOS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

Apartado 1

1. *Bielorrusia* se reserva el derecho a sustituir los términos "patrimonio" y "bienes muebles" utilizados en el Convenio por "propiedad" y "propiedad distinta de la inmobiliaria", respectivamente, por no existir los primeros en su legislación interna.

2. *Brasil* formula una reserva respecto a la parte del apartado 1 que establece que el Convenio es aplicable a los impuestos exigibles por subdivisiones políticas o entidades locales, así como respecto a su parte final donde dice "cualquiera que sea el sistema de exacción".

2.1. *Argentina, Colombia* y *Costa Rica* se reservan el derecho a no incluir en el apartado 1 los impuestos exigidos por las subdivisiones políticas o las entidades locales.

3. Dado que no tienen un impuesto sobre el patrimonio, *Brasil, Indonesia, Malasia* y *Singapur* se reservan el derecho a no incluir referencias a dicho impuesto en el apartado 1.

4. *Rumanía* se reserva el derecho a incluir impuestos exigidos por unidades administrativo-territoriales.

5. *Sudáfrica* formula una reserva respecto a la parte del apartado 1 que establece que el Convenio es aplicable a impuestos exigibles por entidades locales.

5.1. *Georgia* se reserva el derecho a incluir los impuestos exigidos por unidades administrativo-territoriales y autoridades de autorregulación.

5.2. *Colombia* se reserva el derecho a limitar la aplicación del Convenio a los impuestos sobre el patrimonio en la medida en que durante el ejercicio fiscal considerado ambos Estados contratantes graven el mismo patrimonio o los mismos elementos de patrimonio.

Apartado 2

6. *Brasil* desea utilizar en sus convenios una definición de impuestos sobre la renta que sea conforme a su derecho constitucional. En consecuencia, se reserva el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios.

7. *Armenia*, *Lituania, Rumanía* y *Túnez* opinan que "los impuestos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas" no deben tener la consideración de impuestos sobre la renta y, en consecuencia, se reservan el derecho a no incluir dichos términos en el apartado 2.

8. *Costa Rica* y *Ucrania* formulan una reserva respecto de la parte del apartado 2 que establece que el Convenio es aplicable a los impuestos sobre las plusvalías.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 3 (DEFINICIONES GENERALES) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. En lo referente a la definición del término "sociedad", *Albania* y *Bielorrusia* se reservan el derecho a utilizar expresiones como "persona jurídica o entidad que se considere sujeto independiente a efectos impositivos" dado que no existe en su legislación interna un concepto equivalente a la expresión *body corporate* de la versión inglesa.

2. [Suprimido.]

3. En lo referente a la definición del término "nacional", *Albania, Rumanía* y *Rusia* se reservan el derecho a sustituir la palabra "nacionalidad" por "ciudadanía" por el significado diferente del término "nacionalidad" en su legislación interna.

4. *Bulgaria* se reserva el derecho a proponer, en sus negociaciones bilaterales, introducir la palabra "también" entre "actividad económica" e "incluye" en el subapartado *h*) de apartado 1 del artículo.

4.1. *Argentina, Azerbaiyán, Brasil, Costa Rica, Lituania* y *Singapur* se reservan el derecho a no incluir las definiciones de los términos "empresa" y "actividad económica" en el apartado 1 del artículo 3, dado que se reservan el derecho a incluir un artículo relativo a la imposición de los servicios personales por cuenta propia.

5. En cuanto a la definición de "tráfico internacional", *Bulgaria* y *Croacia* se reservan el derecho a ampliar el ámbito de la definición a los transportes por carretera y ferroviario en sus convenios bilaterales.

6. *Serbia* se reserva el derecho a ampliar el ámbito de la definición de "tráfico internacional" al transporte por carretera en los convenios bilaterales.

7. *Tailandia* se reserva el derecho a incluir en la definición del término "persona" a toda entidad considerada sujeto pasivo en virtud de la legislación tributaria en vigor en cualquiera de los Estados contratantes.

8. *India* y *Sudáfrica* se reservan el derecho a incluir en la definición del término "persona" únicamente aquellas entidades consideradas sujetos pasivos en virtud de la legislación en vigor en los respectivos Estados contratantes.

9. *India* se reserva el derecho a incluir las definiciones de "impuesto" y "ejercicio fiscal".

10. En relación con la definición del término "nacional", *Costa Rica* se reserva el derecho a sustituir los conceptos de sociedad de personas y de asociación por "grupo de personas".

11. *Hong Kong, China* formula una reserva respecto de la definición de "nacional" en el subapartado *g*) del apartado 1, dado que Hong Kong, China no es un Estado soberano. Respecto del término "nacional" contenido en los artículos 4, 19, 24 y 25, Hong Kong, China se reserva el derecho a utilizar disposiciones alternativas basadas en los conceptos de "derecho de residencia" y "constituida en".

12. *India* se reserva el derecho a no incluir la letra (ii) de la definición de "fondo de pensiones reconocido".

13. *Colombia* se reserva el derecho a ampliar el ámbito de la definición de "fondo de pensiones reconocido" de modo que abarque los fondos de cesantía.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 4
(RESIDENTE)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

Apartado 1

1. *Albania*, *Armenia*, *Azerbaiyán*, *Bielorrusia*, *Bulgaria*, *Colombia*, *Costa Rica*, *Indonesia*, *Lituania*, *Rusia*, *Tailandia*, *Ucrania* y *Vietnam* se reservan el derecho a incluir el lugar de constitución u otro criterio análogo (lugar de registro en el caso de Bielorrusia y Vietnam) en el apartado 1.

2. Los *Emiratos Árabes Unidos* se reservan el derecho a adoptar su propia definición de residencia en sus convenios bilaterales y a no seguir necesariamente el artículo 4.

2.1. *Hong Kong, China* se reserva el derecho a modificar la definición de "residente" en sus convenios bilaterales debido a que no es un Estado soberano y aplica sus impuestos sobre una base territorial.

3. *Indonesia* se reserva el derecho a condicionar la inclusión de un fondo de pensiones en la definición de "residente" a que el fondo de pensiones esté sujeto a imposición en el Estado de domicilio.

3.1. *Malasia* y *Singapur* se reservan el derecho a no incluir la segunda frase de apartado 1 en sus convenios.

4. *India* y *Rusia* se reservan el derecho a modificar el artículo en sus convenios tributarios para especificar que sus sociedades de personas deben considerarse residentes de sus respectivos países a la vista de sus características legales y fiscales.

4.1. *Costa de Marfil, Gabón, Marruecos* y *Túnez* disienten del principio general según el cual, si el impuesto debido por una sociedad de personas se determina en función de las características personales de sus socios, estos últimos tienen derecho a acogerse a los beneficios de los convenios tributarios suscritos por los Estados de los que son residentes respecto a la renta que "transita" por la citada sociedad. Como en virtud de sus respectivos derechos internos una sociedad de personas se considera sujeta a gravamen incluso si, desde el punto de vista técnico, el impuesto se exige a sus socios (o, en el caso de Marruecos, a su socio principal) Costa de Marfil, Gabón, Marruecos y Túnez se reservan el derecho a modificar el artículo en sus convenios tributarios para precisar que sus sociedades de personas deben considerarse residentes de sus Estados dadas sus características jurídicas y fiscales.

Apartado 2

4.2. *Singapur* se reserva el derecho a sustituir el apartado *d*) por: "*d*) en los restantes casos, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso mediante acuerdo amistoso."

4.3. *Kazajistán* se reserva el derecho a sustituir el subapartado *d*) por: "*d*) si el estatus de la persona física no puede determinarse por referencia a los subapartados *a*) a *c*) de este apartado, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso mediante acuerdo amistoso."

Apartado 3

5. *Armenia*, *Bulgaria, Rusia, Tailandia* y *Vietnam* se reservan el derecho a utilizar el lugar de constitución (lugar de registro, en el caso de Vietnam) como criterio para la aplicación del apartado 3.

6. *Azerbaiyán* se reserva el derecho a usar bien "registro (constitución)" o "sede de dirección efectiva" como criterio para determinar la residencia de una persona en el apartado 3.

7. Para determinar la residencia de una persona, distinta de una persona física, que tenga doble residencia, *Singapur* se reserva el derecho a incluir una disposición que haga referencia a la sede de dirección efectiva de esa persona y, si esta no puede determinarse, la disposición exigirá que el caso se resuelva mediante acuerdo amistoso.

8. *Costa Rica* se reserva el derecho a denegar los beneficios del convenio a las personas, distintas de las personas físicas, que tengan doble residencia.

8.1. *Costa Rica* se reserva el derecho a añadir el "domicilio" y la "residencia" entre los factores enumerados en el apartado 3.

Posiciones sobre los Comentarios

Apartado 2

9. En opinión de *Vietnam* deben separarse las relaciones personales de las relaciones económicas mencionadas en los párrafos 14 y 15 de los Comentarios y debe definirse un orden de prioridad entre ellas. Para Vietnam, las relaciones económicas, en particular el criterio del Estado donde se ejerce el trabajo por cuenta ajena, debe tener precedencia al determinar el Estado de residencia a efectos de los convenios en el caso de las personas físicas con doble residencia.

9.1. En el caso de *Gabón*, como la expresión "relaciones personales y económicas" empleada en los párrafos 13, 14 y 15 de los Comentarios es ambigua, deben diferenciarse estos dos tipos de relaciones y dar prioridad a uno sobre el otro. El Estado en el que se realiza el trabajo por cuenta ajena debe prevalecer, por lo tanto, sobre las relaciones personales a efectos de determinar el Estado de residencia de una persona física.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 5 (ESTABLECIMIENTO PERMANENTE) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. [Suprimido.]

Apartado 2

2. *Argentina, Brasil, Costa de Marfil, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, Gabón, Marruecos, Rusia, Tailandia* y *Túnez* se reservan el derecho a incluir en el apartado 2, además de "la extracción" de recursos naturales, "la prospección" de dichos recursos.

2.1. *Indonesia* se reserva el derecho a añadir al apartado 2 el área de prospección y explotación de recursos naturales y las plataformas de perforación o los barcos utilizados para la prospección y explotación de recursos naturales.

2.2. *Colombia* y *Costa Rica* se reservan el derecho a sustituir las palabras "de extracción" por "relacionado con la prospección o la explotación" en el subapartado *f*).

3. *India* e *Indonesia* se reservan el derecho a añadir al apartado 2 subapartados adicionales que incluyan los puntos de venta y las granjas, plantaciones u otros lugares en los que se lleven a cabo actividades agropecuarias, forestales o relacionadas con éstas.

4. *India*, *Indonesia*, *Tailandia* y *Vietnam* se reservan el derecho a añadir en el apartado 2 un subapartado que incluya un almacén asociado a una persona que preste servicios de almacenamiento a terceros.

5. *Armenia* y *Ucrania* se reservan el derecho a añadir en el apartado 2 un subapartado que incluya toda instalación o estructura para la prospección de recursos naturales y los almacenes u otras estructuras utilizados para la venta de bienes.

6. *Gabón* y *Vietnam* se reservan el derecho a añadir un subapartado en el apartado 2 que incluya una instalación, estructura o equipo, utilizados para la prospección de recursos naturales.

6.1. *Argentina, Costa de Marfil* y *Gabón* se reservan el derecho a añadir al apartado 2 un subapartado adicional que incluya los lugares donde se desarrollen actividades pesqueras.

6.2. *Kazajistán* se reserva el derecho de añadir al apartado 2 un subapartado adicional que incluya las excavaciones, instalaciones y estructuras para la prospección de los recursos naturales.

6.3. *Azerbaiyán* se reserva el derecho de añadir al apartado 2 un subapartado adicional que incluya las instalaciones, estructuras o embarcaciones utilizadas para la prospección de recursos naturales.

Apartado 3

7. [Suprimido.]

8. *Argentina, Armenia, Brasil, Colombia, Georgia, Tailandia* y *Vietnam* formulan una reserva respecto del apartado 3 ya que consideran que las obras o los proyectos de construcción, instalación o montaje, con una duración superior a seis meses deben considerarse establecimientos permanentes.

9. *Albania, Costa Rica, la República Democrática del Congo* y *Hong Kong, China* formulan una reserva respecto del apartado 3 y consideran que las obras, los proyectos de construcción, instalación o montaje y las actividades conexas de supervisión o de consultoría constituyen un establecimiento permanente si la obra, el proyecto o la actividad tienen una duración superior a seis meses.

9.1. *Serbia* se reserva el derecho a considerar que toda obra o todo proyecto de construcción, instalación o montaje, así como las actividades conexas de supervisión o de consultoría constituyen un establecimiento permanente únicamente si esta obra, proyecto o actividad tiene una duración superior a doce meses.

10. *Bulgaria, Costa de Marfil, Gabón, Malasia, Marruecos, República Popular China, Sudáfrica* y *Túnez* se reservan el derecho a negociar cuál es el período determinante para considerar como establecimiento permanente una obra, un proyecto de construcción, instalación o montaje, conforme al apartado 3.

11. *Argentina, Malasia, la República Popular China, Singapur, Sudáfrica, Tailandia* y *Vietnam* se reservan el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si la empresa realiza actividades de supervisión relacionadas con una obra o un proyecto de construcción, instalación o montaje que constituyen un establecimiento permanente con arreglo al apartado 3 (en el caso de Malasia, el período de este establecimiento permanente se negocia separadamente).

11.1. *India* e *Indonesia* se reservan el derecho a sustituir la expresión "proyecto de construcción o instalación" por "proyecto de construcción, instalación o montaje o unas actividades de inspección relacionadas con ellos", así como a negociar su duración para que pueda considerárseles establecimientos permanentes.

12. *Argentina* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si la empresa presta servicios, incluyendo servicios de consultoría, por medio de

empleados u otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero solo cuando las actividades de esa naturaleza se realicen en su territorio durante un período o períodos que en conjunto excedan de seis meses en cualquier período de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado.

13. *Costa de Marfil, Gabón, India, Indonesia, Marruecos* y *Túnez* se reservan el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si la empresa presta servicios, incluidos los de consultoría, a través de empleados u otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero solo cuando dichas actividades se realicen, para el mismo proyecto u otro relacionado, durante un período o períodos que en conjunto excedan del que se determine durante las negociaciones.

13.1. *Singapur* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si la empresa presta servicios a través de empleados u otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero solo cuando dichos empleados u otro personal estén presentes en ese Estado, para el mismo proyecto u otro relacionado, durante un periodo o períodos que en conjunto excedan de un periodo determinable en las negociaciones.

14. *Albania, Armenia, Azerbaiyán, Lituania, Serbia, Sudáfrica, Tailandia, Vietnam* y *Hong Kong, China* se reservan el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si la empresa presta servicios, incluidos los de consultoría, a través de empleados u otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero solo cuando las actividades de esa naturaleza se realicen en su territorio [para el mismo proyecto u otro relacionado (salvo en el caso de Armenia)] durante un período o períodos que, en conjunto, excedan de seis meses en cualquier período de doce meses.

14.1. *Costa de Marfil, Gabón, Marruecos, la República Democrática del Congo, Sudáfrica* y *Túnez* se reservan el derecho a considerar que cualquier persona con una actividad profesional o de carácter independiente tiene un establecimiento permanente si dicha persona está presente en el Estado durante un período o períodos que excedan, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses.

14.2. *Lituania* se reserva el derecho a incluir disposiciones especiales respecto de los establecimientos permanentes relacionados con actividades desarrolladas en un Estado contratante en relación con la prospección o la explotación de recursos naturales.

14.3. *Argentina* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si realiza en ese Estado actividades relacionadas con la prospección o la extracción de recursos naturales, incluidas las actividades de pesca, sin un lugar fijo de negocio, durante un periodo superior a tres meses en cualquier periodo de doce meses que comience o termine en el ejercicio fiscal considerado.

14.4. *Indonesia* se reserva el derecho a incluir una disposición en virtud de la cual se considera que existe un establecimiento permanente si, durante un período superior al que se haya negociado previamente, se utiliza una instalación, una plataforma de perforación o un barco para la prospección de recursos naturales.

14.5. Los *Emiratos Árabes Unidos*, *Indonesia* y *Vietnam* se reservan el derecho a gravar las rentas procedentes de actividades relacionadas con la prospección y la explotación de los recursos naturales.

14.6. *Sudáfrica* se reserva el derecho a incluir una disposición por la que se determine la existencia de un establecimiento permanente cuando una empresa realice actividades relacionadas con la prospección o explotación de recursos naturales durante más de seis meses.

14.7. *India* se reserva el derecho a incluir una disposición en el artículo 5 conforme a la que se considerará que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante cuando dicha empresa tenga una presencia económica significativa en ese Estado, conforme al criterio establecido en el capítulo VII del Informe Final sobre la Acción 1 del Proyecto de la OCDE y el G20 sobre Erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS)

14.8. *Colombia* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente siempre que realice actividades en el otro Estado contratante relacionadas con la prospección o la explotación de recursos naturales, así como en determinadas circunstancias en las que se presten servicios.

Apartado 4

15. *Albania*, *Armenia*, *Azerbaiyán*, *Costa de Marfil*, *Gabón*, *India*, *Indonesia*, *Malasia*, *Marruecos*, *Rusia*, *Tailandia*, *Túnez*, *Ucrania* y *Vietnam* formulan una reserva respecto del apartado 4 por considerar que el término "entregar" debe suprimirse de los subapartados *a*) y *b*) de este apartado.

16. *Albania* y *Tailandia* formulan una reserva respecto del subapartado *f*) del apartado 4.

16.1. [Suprimido.]

16.2. La *República Democrática del Congo* formula una reserva respecto del apartado 4, subapartados *d*), *e*) y *f*).

Apartado 5

17. *Albania*, *Argentina*, *Armenia*, *Azerbaiyán*, *Costa de Marfil*, *Gabón*, *India*, *Indonesia*, *Marruecos*, *Rusia*, *Tailandia*, *Túnez*, *Ucrania* y *Vietnam* se reservan el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente si una persona, que actúe por cuenta de ella, mantiene habitualmente existencias de bienes o mercancías en un Estado contratante con cargo a las cuales dicha persona hace entregas regularmente de bienes o mercancías por cuenta de la empresa.

17.1. *India*, *Malasia* y *Tailandia* se reservan el derecho a considerar que una empresa de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante cuando una persona obtiene habitualmente pedidos en el otro Estado contratante íntegra o casi íntegramente para la empresa.

17.2. *Indonesia* se reserva el derecho a considerar que una empresa tiene un establecimiento permanente cuando una persona que intervenga por cuenta de la empresa, distinta de un agente independiente, fabrique o procese para esta bienes o mercancías que pertenezcan a la empresa.

17.3. *Singapur* se reserva el derecho a utilizar la versión del apartado 5 que figuraba en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de su actualización de 2017.

17.4. *India* se reserva el derecho a no incluir el término "rutinariamente" en el apartado 5 del artículo 5.

Apartado 6

18. *Albania, Azerbaiyán, Costa de Marfil, Gabón, Marruecos, Serbia, Tailandia, Túnez* y *Vietnam* se reservan el derecho a precisar que un agente, cuyas actividades se realicen total o casi totalmente por cuenta de una sola empresa, no tendrá la consideración de agente independiente.

19. *Colombia, Costa de Marfil, Gabón, India, Indonesia, Marruecos, Rusia, Tailandia, Túnez* y *Vietnam* se reservan el derecho a establecer que, con la excepción del reaseguro (salvo en el caso de India), se considerará que una empresa de seguros de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante si cobra primas en el territorio de ese otro Estado o asegura riesgos situados en el mismo a través de una persona distinta de un agente independiente al que sea de aplicación el apartado 6.

19.1. *India* se reserva el derecho a no incluir los términos "a las que esté estrechamente vinculada" en el apartado 6 del artículo 5.

19.2. *Singapur* se reserva el derecho a utilizar la versión del apartado 6 que figuraba en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de su actualización de 2017.

Posiciones sobre los Comentarios

20. *Argentina, India*, *Marruecos* y *Vietnam* no están de acuerdo con los términos "el criterio de los doce meses se aplica separadamente a cada obra o proyecto" del párrafo 51 de los Comentarios. Estos países consideran que una serie de obras o proyectos de corta duración realizados consecutivamente por un contratista constituyen un establecimiento permanente en el país en cuestión.

21. Respecto al párrafo 97 de los comentarios al artículo 5, *Bulgaria, Serbia* y *Singapur* desean añadir su opinión según la cual puede decirse "que concluye contratos" de una persona autorizada a negociar, por cuenta de un residente extranjero, los elementos esenciales del contrato, y no necesariamente todos sus elementos y detalles.

22. *Bulgaria* no se adhiere a la interpretación dada en el párrafo 50 de los Comentarios al artículo 5 y opina que la supervisión de una obra o de un proyecto de construcción, cuando la realiza una persona diferente, no entra en el ámbito del apartado 3 del artículo, a menos que se haya previsto expresamente en el Convenio.

23. *Brasil* disiente de la interpretación dada en los párrafos 122 a 131, relativos al comercio electrónico, en particular, teniendo en cuenta el principio de imposición en la fuente de los pagos previsto por su legislación.

24. *India* considera imprescindible tener en cuenta que, con independencia del significado dado a la tercera frase del párrafo 2, por lo que respecta al método de cálculo de los impuestos comprendidos, la nueva redacción del modelo, a saber, la eliminación del artículo 14, no afecta a los regímenes tributarios nacionales.

25. *Azerbaiyán, India* y *Malasia* disienten de las interpretaciones dadas en los párrafos 24 (primera parte del párrafo) y 25 (primera parte del párrafo), y consideran que estos ejemplos pueden considerarse también como constitutivos de establecimientos permanentes.

25.1. *Argentina* disiente de la interpretación dada en el párrafo 24.

25.2. *Singapur* disiente de la interpretación dada en el párrafo 25 (primera parte) y considera que el ejemplo puede considerarse como constitutivo de establecimiento permanente.

26. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 36 y considera que los bienes tangibles o intangibles pueden constituir por sí mismos, en determinadas circunstancias, un establecimiento permanente del arrendador.

26.1. *Argentina* disiente de la interpretación dada en el párrafo 36 y considera que el alquiler o el arrendamiento de bienes tangibles o intangibles puede constituir, en determinadas circunstancias, un establecimiento permanente del arrendador, especialmente cuando el arrendador proporcione personal tras la instalación para operar el equipo.

27. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 41 y considera que los equipos ICS (Sistemas de Control Industrial) pueden constituir, en determinadas circunstancias, un establecimiento permanente del arrendador.

28. *India* no comparte la interpretación dada en los párrafos 45 y 146 relativos a la lista de ejemplos del apartado 2 del artículo y considera que estos ejemplos siempre pueden considerarse constitutivos, *a priori*, de establecimientos permanentes.

29. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 71 y no incluiría la investigación científica en la lista de ejemplos de actividades que tienen carácter preparatorio o auxiliar.

30. *India* disiente de la opinión expresada en el párrafo 111 de los Comentarios al artículo 5 respecto a que, en algunos casos, una persona que intervenga exclusivamente para una empresa pueda considerarse como agente independiente. La opinión de India es que esta persona no puede considerarse agente independiente.

31. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 97 y considera que el mero hecho de que una persona haya asistido o participado en un Estado en la negociación entre una empresa y un cliente, en ciertas circunstancias puede ser suficiente para considerar que ha ejercido una facultad para concluir contratos en nombre de la empresa. India considera asimismo que puede decirse de una persona autorizada para negociar los elementos esenciales de un contrato, y no necesariamente todos sus elementos y detalles, por cuenta de un residente extranjero, que está ejerciendo su facultad para concluir contratos.

32. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 118 y considera que cuando una sociedad (empresa) residente de un Estado es miembro de un grupo multinacional y desarrolla actividades de producción o de prestación de servicios en beneficio y por cuenta de otra sociedad (empresa) del mismo grupo, residente de otro Estado, la primera sociedad puede constituir un establecimiento permanente de la segunda si se cumplen otros requisitos previstos en el artículo 5.

33. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 123 y considera que un sitio web puede constituir un establecimiento permanente cuando suponga una presencia económica significativa de una empresa.

34. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 124 y considera que, dependiendo de los hechos, puede considerarse que una empresa ha adquirido un lugar de negocios vía un sitio web o un equipo, si abrir el sitio web en ese equipo implica la descarga de *software* automatizado, como por ejemplo *cookies*, que utilizan el equipo para obtener datos de ese equipo, tratarlos o compartirlos con la empresa.

34.1. *Argentina* no está de acuerdo con la afirmación expresada en el párrafo 134 en el sentido de que la imposición de los beneficios procedentes de los servicios prestados en su territorio no constituya una política de convenios tributarios óptima.

35. *India* disiente de la interpretación dada en los párrafos 135 y 136 en el sentido de que únicamente se constituye un establecimiento permanente de prestación de servicios cuando estos se prestan en el país de la fuente, y considera que la prestación de servicios es suficiente para constituir un establecimiento permanente de prestación de servicios.

36. *India* disiente de la interpretación dada en los párrafos 139 y 167, y considera que las potestades tributarias pueden residir en un Estado incluso cuando los servicios los presten no residentes desde fuera de ese Estado. Considera asimismo que el principio de imposición aplicable a los beneficios procedentes de la venta de bienes no puede aplicarse a las rentas procedentes de la prestación de servicios.

37. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 140 en el sentido de que únicamente deben gravarse los beneficios procedentes de los servicios, y de que las disposiciones incluidas en convenios bilaterales que permiten a un Estado someter a imposición el importe bruto de los honorarios pagados por ciertos servicios no sean un método adecuado para someter a imposición los servicios.

38. *India* disiente de las conclusiones alcanzadas en el párrafo 143 en el sentido de que los servicios prestados fuera del territorio de un Estado no deben someterse a imposición, que la imposición debe aplicarse únicamente sobre los beneficios procedentes de estos servicios en lugar de sobre los pagos efectuados como contraprestación por los mismos, y de que debe existir un nivel de presencia mínimo en un Estado antes de permitir tal imposición.

38.1. *Argentina* no está totalmente de acuerdo con las interpretaciones dadas en los párrafos 139, 140 y 143.

39. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 152 y considera que la presencia de una persona física en un Estado no es esencial para la prestación de servicios en el mismo.

40. *India* disiente de la interpretación dada en los párrafos 161 y 164.

41. *India* disiente de la interpretación dada en el ejemplo 3 del párrafo 165 relativo a la imposición de ZCO.

42. *Brasil* disiente de las interpretaciones dadas en los párrafos 132 a 169 de los Comentarios sobre la imposición de los servicios, especialmente debido al principio de imposición en la fuente de los pagos previsto en su legislación.

43. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 5, según la que la huella de un satélite en el espacio del Estado de la fuente no puede considerarse un establecimiento permanente. India considera que, en tal caso, el Estado de la fuente no solo aporta los clientes potenciales, sino también la infraestructura necesaria para la recepción de las señales del satélite o del proceso de telecomunicación. India considera asimismo que la huella de un satélite forma parte tanto del espacio nacional como internacional. La huella tiene una situación fija, tiene valor y puede utilizarse con fines comerciales. Por tanto, puede considerarse como un lugar fijo de negocios en el espacio jurisdiccional del país de la fuente.

44. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 38 de los Comentarios al artículo 5, dado que considera que una llamada en itinerancia es un proceso complejo que requiere de la utilización combinada de equipos situados en los países de fuente y de residencia, y que la distinción propuesta en el párrafo 38 no responde a la intención del artículo 5, ni es lógica.

45. *India* disiente de la interpretación dada en las dos últimas frases del párrafo 64 de los Comentarios al artículo 5 conforme a la que los propios cables submarinos y las conducciones que se extienden sobre el territorio jurisdiccional del país de la fuente no pueden considerarse establecimiento permanente de una empresa.

46. Por lo que respecta al párrafo 104, *Colombia* considera que el principio de plena competencia debe aplicarse también para determinar si un agente es o no independiente a los efectos del apartado 6 del artículo, y desea añadir en sus convenios, cuando sea necesario, unos términos que aclaren que así es como debe interpretarse el apartado.

47. *Malasia* no está de acuerdo con el último ejemplo del párrafo 89 relacionado con representantes de empresas farmacéuticas y considera que pueden constituir un establecimiento permanente especialmente si el representante negocia también elementos esenciales del contrato, y no necesariamente todos sus elementos y detalles, por cuenta de un residente extranjero.

48. *Brasil* no se adhiere a la interpretación dada en los párrafos 51 y 52 en relación con el periodo de doce meses.

49. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 55 dado que considera que todo trabajo que se lleve a cabo en una obra poco después de haber concluido una construcción, que comprenden los trabajos de reparación efectuados en virtud de una garantía, puede tenerse en cuenta como parte del periodo de construcción inicial para determinar si existe o no establecimiento permanente.

50. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 69 porque considera que recabar datos para determinar la existencia de un riesgo o cuantificarlo, por una empresa que se dedica a la gestión de riesgos, como una aseguradora, no es una actividad de carácter auxiliar o preparatorio.

51. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 74 porque considera que incluso cuando no sean aplicables las disposiciones antifragmentación, una empresa no puede fragmentar una actividad económica cohesionada en una pluralidad de pequeñas operaciones para así sostener que cada una de ellas consiste meramente en una actividad preparatoria o auxiliar.

52. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 96 ya que considera que la distribución de bienes de propiedad de una empresa por una empresa asociada o por una empresa estrechamente relacionada, especialmente cuando dicha empresa no soporta los riesgos, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los denominados “distribuidores de bajo riesgo”, pueden constituir un establecimiento permanente de la empresa cuyos bienes se venden.

53. *India* disiente de la opinión expresada en el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 5 en el sentido de que el tratamiento aplicado por razón del IVA/IBS sea irrelevante a los efectos de la interpretación y aplicación de la definición del concepto de establecimiento permanente. India considera que el tratamiento aplicado por razón del IVA/IBS puede ser un factor relevante a estos efectos.

54. *India* disiente de la opinión expresada en el párrafo 12 de los Comentarios al artículo 5 en el sentido de que cuando una empresa no tenga derecho a estar presente en un emplazamiento y, de hecho, no lo utilice, ese emplazamiento no puede considerarse a disposición de la empresa. India considera que, en determinadas circunstancias, sí puede considerarse que ese emplazamiento está a disposición de la empresa.

55. *India* disiente de la opinión expresada en el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 5 en el sentido de que cuando un trabajador transfronterizo realice la mayor parte de su trabajo desde su domicilio situado en un Estado, en lugar de desde la oficina puesta a su disposición en el otro Estado, no deba considerarse que su domicilio está a disposición de la empresa. India considera que, en ese caso, el domicilio del empleado puede considerarse a disposición de la empresa a los efectos de la aplicación del apartado 5.

56. *India* disiente de la opinión expresada en las dos últimas frases del párrafo 30 de los Comentarios al artículo 5. India considera que la explotación de las instalaciones destinadas al servicio de hostelería del ejemplo cumple el requisito temporal exigido para que constituya un establecimiento permanente.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 6 (RENTAS INMOBILIARIAS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

Apartado 1

1. *India* e *Indonesia* prefieren abordar la inclusión de la expresión "incluidas las rentas de explotaciones agrícolas y forestales" mediante negociaciones bilaterales.

1.1. *Costa Rica* se reserva el derecho a incluir en el apartado 1, bienes inmuebles, las rentas procedentes de actividades de silvicultura.

Apartado 2

2. Considerando el significado que el término "bienes inmuebles" tiene en su legislación interna, *Bielorrusia* se reserva el derecho a omitir la segunda frase de este apartado.

2.1. *Lituania* se reserva el derecho a incluir en la definición del término "bienes inmuebles" las opciones o derechos similares para adquirir un bien inmueble.

2.2. *Colombia* se reserva el derecho a incluir en la definición del término "bienes inmuebles" los derechos relativos a todos los recursos naturales. Colombia se reserva igualmente el derecho a modificar la definición del término "bien inmueble" para que incluya expresamente otros bienes.

3. *Lituania* se reserva el derecho a modificar la segunda frase de la definición del término "bienes inmuebles" para precisar que esa frase no es aplicable a los efectos de su legislación interna.

3.1. *Marruecos* desea reservarse la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación referidas a la tributación de la renta procedente de acciones u otras participaciones, por las que se la trata como renta de bienes inmuebles.

3.2. *Costa Rica* se reserva el derecho a incluir en el apartado 2 los derechos de prospección y explotación de bienes inmuebles, así como todo otro derecho que permita el uso o disfrute de bienes inmuebles situados en un Estado contratante, cuando este uso o disfrute esté relacionado con un derecho real de aprovechamiento por turno, dado que conforme a su legislación interna este derecho no constituye un bien inmueble.

Apartado 3

4. *Lituania* se reserva el derecho a incluir en el apartado 3 una referencia a las rentas derivadas de la enajenación de bienes inmuebles.

5. *Lituania* se reserva también el derecho a gravar las rentas de los accionistas de sociedades residentes derivadas del uso directo, arrendamiento o cualquier otra forma de uso de los derechos de disfrute de bienes inmuebles situados en su territorio y pertenecientes a la sociedad, cuando tales derechos se deriven de la propiedad de acciones u otros derechos en la sociedad.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 7 (BENEFICIOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Argentina*, *Azerbaiyán*, *Brasil*, *Bulgaria*, *Costa Rica*, *Indonesia*, *Malasia*, *Rumanía*, *Rusia*, *Serbia*, *Singapur*, *Sudáfrica* y *Tailandia* se reservan el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7, es decir, la versión incluida en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de la actualización de 2010, con sujeción a las posiciones que expresaron en dicha versión (véase el anexo más adelante).

1.1. *India* se reserva el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7, es decir, la versión incluida en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de la actualización de 2010, con sujeción a las posiciones que expresó en dicha versión (véase el anexo más adelante). India no está de acuerdo en general con el criterio para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes que se recoge en la nueva versión del artículo, en sus Comentarios y en los cambios que esta modificación implica en los Comentarios a otros artículos (por ejemplo, el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 8, los párrafos 32.1 y 32.2 de los Comentarios al artículo 10, los párrafos 25.1 y 25.2 de los Comentarios al artículo 11, los párrafos 21.1 y 21.2 de los Comentarios al artículo 12, los párrafos 27.1 y 27.2 de los Comentarios al artículo 13, el párrafo 7.2 de los Comentarios al artículo 15, los párrafos 5.1 y 5.2 de los Comentarios al artículo 21, los párrafos 3.1 y 3.2 de los comentarios al artículo 22 y el subapartado 40 *a*) de los Comentarios al artículo 24).

1.2. *Argentina* e *Indonesia* se reservan el derecho a incluir una disposición especial en el Convenio que les permita aplicar sus legislaciones internas en lo referente a la tributación de

los beneficios de las empresas de seguros y reaseguros, incluso en ausencia de un establecimiento permanente.

1.3. Aun cuando la *República Popular China* entiende y respeta el principio de empresa distinta e independiente que subyace a la nueva versión del artículo 7, debido a la capacidad de su administración tributaria, se reserva el derecho a adoptar la versión anterior del artículo y, en ciertos casos, a recurrir a métodos más simples para el cálculo de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente.

1.4. *Colombia* se reserva el derecho a utilizar la versión anterior del artículo 7, es decir, la versión incluida en el Modelo de Convenio tributario inmediatamente antes de la actualización de 2010, y a no tener en cuenta los cambios en los Comentarios al artículo derivados de dicha actualización.

2. *Malasia*, *Tailandia* y *Ucrania* se reservan el derecho a añadir una disposición para que, en el caso de que la información al alcance de las autoridades competentes de un Estado contratante sea inadecuada para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de una empresa, las autoridades competentes puedan aplicar a esa empresa las disposiciones de la legislación tributaria de ese Estado, siempre que dicha legislación se aplique, en la medida en que la información al alcance de las autoridades competentes lo permita, de acuerdo con los principios de este artículo.

2.1. *Albania*, *Argentina*, *Azerbaiyán*, *Brasil*, *Costa de Marfil*, *Costa Rica*, *Croacia*, *Gabón*, *Indonesia*, *Lituania*, *Malasia*, *Marruecos*, la *República Popular China*, *Rusia*, *Serbia*, *Singapur*, *Tailandia*, *Túnez* y *Vietnam* se reservan el derecho a conservar en sus convenios un artículo específico que trate de la tributación de la renta del "trabajo independiente". En consecuencia, formulan una reserva respecto de las modificaciones correspondientes de los artículos y Comentarios, habidas como resultado de la eliminación del artículo 14.

2.2. [Suprimido.]

2.3 *Túnez* se reserva el derecho a proponer, en las negociaciones bilaterales, la introducción de un criterio de tributación en el país de la fuente en el caso de rentas del trabajo independiente, conforme al antiguo artículo 14, basado en la cuantía (que ha de fijarse en las negociaciones bilaterales) de las retribuciones pagadas.

3. *Argentina*, *Marruecos* y *Tailandia* se reservan el derecho a gravar, en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente, los beneficios derivados de la actividad económica de la venta de bienes o mercancías de naturaleza igual o similar a los vendidos a través de un establecimiento permanente situado en ese Estado, así como los derivados de otras actividades económicas realizadas en ese Estado de naturaleza igual o similar a las realizadas a través de ese establecimiento permanente. Esta regla se aplicará solamente como salvaguardia en caso de abuso y no como expresión de un principio general de "fuerza de atracción". En consecuencia, la regla no se aplicará cuando la empresa demuestre que las ventas o las actividades se han realizado por razones distintas de la obtención de los beneficios del Convenio.

3.1. *Indonesia* se reserva el derecho a gravar, en el Estado en que esté situado el establecimiento permanente, los beneficios derivados de la actividad económica de la venta de bienes o mercancías de naturaleza igual o similar a los vendidos a través de un establecimiento permanente, así como los derivados de otras actividades económicas realizadas en ese Estado de naturaleza igual o similar a las realizadas a través de ese establecimiento permanente.

4. *Albania*, *Costa Rica* y *Vietnam* se reservan el derecho a gravar, en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente, los beneficios derivados de la actividad económica de venta de bienes o mercancías de naturaleza igual o similar a los vendidos a través de un establecimiento permanente situado en ese Estado, así como los derivados de otras actividades económicas realizadas en ese Estado de naturaleza igual o similar a las realizadas a través de ese establecimiento permanente.

4.1. *Filipinas* y *Marruecos* se reservan el derecho a adoptar unos criterios sobre plazos de estancia y base fija para determinar si una persona física que presta servicios personales está sujeta a imposición.

4.2. Los *Emiratos Árabes Unidos* se reservan el derecho a incluir una disposición especial en sus convenios que permita la aplicación de su legislación interna a todas las actividades relacionadas con la prospección, extracción o explotación de los recursos naturales, incluyendo las actividades relacionadas con el petróleo, así como a la prestación de servicios relacionados con esas actividades, cuando las mismas se lleven a cabo en su territorio.

5. *Argentina* se reserva el derecho a establecer que nada obligará a un Estado contratante a admitir la deducción de gastos realizados en el exterior y que no puedan atribuirse razonablemente a la actividad llevada a cabo por el establecimiento permanente, teniendo en cuenta los principios generales de su legislación interna relativos a los gastos de dirección y administración de los servicios de apoyo y asistencia.

6. *Azerbaiyán* y *Singapur* se reservan el derecho a añadir un apartado a fin de aclarar que los gastos admisibles como deducción en un Estado contratante serán únicamente aquellos gastos que hubieran sido deducibles de haber sido el establecimiento permanente una empresa distinta situada en ese Estado contratante.

7. *Armenia*, *Lituania* y *Serbia* se reservan el derecho a añadir en el apartado 2 una precisión en el sentido de que los gastos admisibles como deducción en un Estado contratante serán únicamente aquellos gastos deducibles con arreglo a la legislación interna de ese Estado.

8. *Serbia* se reserva el derecho a especificar que los potenciales ajustes se practicarán únicamente cuando se considere justificado.

9. *Colombia* se reserva el derecho a modificar el artículo 7 de forma que exprese que, al aplicar los apartados 1 y 2 del artículo, los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, durante su existencia, pueden ser gravados por el Estado contratante en el que está el establecimiento permanente, aun cuando los pagos se difieran hasta después de que dicho establecimiento permanente deje de existir.

10. *Costa Rica* se reserva el derecho a añadir una disposición relativa a los gastos admisibles para su deducción.

11. [Suprimido.]

Posiciones sobre los Comentarios

12. *Argentina, Brasil, Bulgaria, Indonesia, Malasia, Rumanía, Rusia, Serbia, Singapur, Sudáfrica* y *Tailandia* interpretarán el artículo 7 conforme a su redacción anterior a la actualización de 2010, teniendo en cuenta los Comentarios correspondientes en su versión previa a esa actualización.

13. *Argentina* considera que el "principio de entidad independiente" y el principio de plena competencia deben aplicarse simétricamente a las operaciones entre el establecimiento permanente y la sede central de la empresa (tanto para determinar correctamente los beneficios atribuibles al establecimiento permanente (deducción de gastos) como la imposición de los beneficios de la sede resultantes de esas operaciones internas) suponiendo para ello que el establecimiento permanente es una empresa distinta y que dicha empresa es independiente del resto de la empresa de la que forma parte.

14. *India* está en desacuerdo con la última frase del párrafo 75.1 en la medida en que las rentas derivadas de la emisión y comercialización de derechos y créditos de emisión no estarán comprendidas en el artículo 8 incluso en las circunstancias descritas en el párrafo 14.1 de los Comentarios al artículo 8.

ANEXO

POSICIONES SOBRE LA VERSIÓN ANTERIOR DEL ARTÍCULO 7 Y SUS COMENTARIOS

A continuación se reproduce el texto del artículo 7 y sus Comentarios en su redacción anterior al 22 de julio de 2010. Esta versión anterior del artículo y sus Comentarios se transcribe como referencia histórica, dado que seguirá siendo pertinente para la aplicación e interpretación de los convenios bilaterales concluidos antes de esa fecha.

Posiciones sobre el artículo

1. *Argentina* y *Chile* se reservan el derecho a incluir una disposición especial en el Convenio autorizando la aplicación de sus legislaciones internas en lo referente a la tributación de las utilidades de las empresas de seguros y reaseguros.

2. *Malasia, Tailandia* y *Ucrania* se reservan el derecho a añadir una disposición para que, en el caso de que la información disponible de las autoridades competentes de un Estado contratante sea inadecuada para determinar las utilidades imputables al establecimiento permanente de una empresa, las autoridades competentes puedan aplicar a esa empresa las disposiciones de la legislación tributaria de ese Estado, si dicha legislación se aplica, en la medida en que la información al alcance de las autoridades competentes lo permita, de acuerdo con los principios de este artículo.

2.1. *Albania, Argentina, Brasil, Chile, Costa de Marfil, Croacia, Gabón, India, Malasia, Marruecos, la República Popular China, Rusia, Serbia, Túnez* y *Vietnam* se reservan el derecho a conservar en sus convenios un artículo específico que trate de la tributación de la renta del trabajo independiente. En consecuencia, se reservan sus posiciones respecto a las modificaciones correspondientes de los artículos y comentarios, habidas como resultado de la eliminación del artículo 14.

2.2. *Bulgaria* se reserva el derecho a proponer en las negociaciones bilaterales la sustitución del término "utilidades" por la expresión "utilidades de empresas" siempre que esté definida en el artículo 3.

2.3. *Túnez* se reserva el derecho a proponer, en las negociaciones bilaterales, la introducción de un criterio de tributación en el país de la fuente en el caso de profesiones liberales (renta del trabajo independiente) contemplado en el antiguo artículo 14 basado en la cuantía (que ha de fijarse en las negociaciones bilaterales) de las remuneraciones pagadas.

Apartados 1 y 2

3. *Argentina, Marruecos* y *Tailandia* se reservan el derecho a someter a imposición, en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente, las utilidades empresariales derivadas de la venta de bienes o mercancías de naturaleza igual o similar a los vendidos a través de un establecimiento permanente situado en ese Estado, así como las derivadas de otras actividades empresariales realizadas en ese Estado de igual o similar naturaleza a las realizadas a través de ese establecimiento permanente. Esta regla se aplicará solamente como salvaguardia en caso de abuso y no como expresión de un principio general de "fuerza de atracción". En consecuencia, la regla no se aplicará cuando la empresa demuestre que las ventas o las actividades se han realizado por razones distintas de la obtención de los beneficios del Convenio.

4. *Albania,* y *Vietnam* se reservan el derecho a someter a imposición, en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente, las utilidades empresariales derivadas de la venta de bienes o mercancías de naturaleza igual o similar a los vendidos a través de un establecimiento permanente situado en ese Estado, así como las derivadas de otras actividades empresariales realizadas en ese Estado de naturaleza igual o similar a las realizadas a través de ese establecimiento permanente.

4.1. *Filipinas* y *Marruecos* se reservan el derecho a adoptar unos criterios sobre plazos de estancia y base fija cuando determinen si está sujeta a imposición una persona física que se halla prestando sus servicios.

4.2. *Chile* e *India* se reservan el derecho a modificar el artículo 7 a fin de establecer que, al aplicar los apartados 1 y 2 del artículo, toda renta o utilidad atribuible a un establecimiento permanente durante su existencia puede someterse a imposición en el Estado contratante en que esté situado el establecimiento permanente, incluso si los pagos se difieren hasta la extinción del mismo. Asimismo, *India* se reserva el derecho a aplicar esta norma respecto de los artículos 11, 12, 13 y 21.

Apartado 3

5. En relación con el apartado 3, *Argentina* se reserva el derecho a establecer que nada obligará a un Estado contratante a admitir la deducción de gastos realizados en el exterior y que no puedan atribuirse razonablemente a la actividad llevada a cabo por el establecimiento permanente, tomando en consideración los principios generales de su legislación interna relativos a los gastos de dirección y administración de los servicios de apoyo y asistencia.

6. *Brasil* reserva su posición sobre las palabras "tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte" que figuran en el apartado 3.

7. *Armenia, Eslovenia, India* y *Lituania* se reservan el derecho a añadir en el apartado 3 una precisión en el sentido de que los gastos que deben admitirse como deducibles por un Estado contratante solamente incluyen los gastos deducibles con arreglo a la legislación interna de ese Estado.

7.1. *Letonia* y *Estonia* se reservan el derecho a precisar en el apartado 3 que los gastos admitidos como deducibles por un Estado contratante serán únicamente aquellos que hubieran podido deducirse si el establecimiento permanente fuera una empresa independiente de ese Estado contratante.

8. *Ucrania* y *Vietnam* se reservan el derecho a añadir en el apartado 3 una precisión en el sentido de que el apartado se refiere a los gastos efectivamente realizados por la empresa (con excepción de los intereses en el caso de una empresa bancaria).

Apartado 4

9. *Brasil* se reserva el derecho a no incluir el apartado 4.

Apartado 5

10. *Vietnam* se reserva el derecho a no incluir el apartado 5.

Apartado 6

11. *Brasil* se reserva el derecho a no incluir el apartado 6.

Posiciones sobre los Comentarios

12. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 25.

13. Respecto de los párrafos 41 a 50 de los Comentarios al artículo 7, *Chile* disiente de los métodos específicos propuestos como norma para la determinación de las utilidades atribuibles a un establecimiento permanente; estas normas deben establecerse mediante legislación interna y ajustarse a ella (comprendida la normativa sobre cambio extranjero).

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 8 (TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO Y AÉREO) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Armenia*, y *Lituania* se reservan el derecho a aplicar en casos excepcionales la regla del establecimiento permanente en relación con los beneficios derivados de la explotación de buques en el tráfico internacional.

Apartado 1

2. *Filipinas* se reserva el derecho a gravar los beneficios derivados del transporte marítimo y aéreo conforme a su legislación interna.

2.1. *Indonesia* se reserva el derecho a permitir al Estado de la fuente gravar los beneficios procedentes de la explotación de buques en el tráfico internacional, siempre que las actividades de navegación que se deriven de tal explotación en ese Estado no sean meramente casuales, y con sujeción a ciertas limitaciones.

3. *Albania, Argentina* y *Bulgaria* se reservan el derecho a gravar los beneficios obtenidos en el transporte de mercancías o de pasajeros embarcados en un lugar del país y desembarcados en otro lugar del mismo país.

4. *Sudáfrica* se reserva el derecho a incluir en el apartado 1 los beneficios derivados del arrendamiento de contenedores.

4.1. *Azerbaiyán* se reserva el derecho a incluir una disposición que permita gravar los beneficios procedentes del arrendamiento de contenedores del mismo modo que los beneficios derivados del transporte internacional cuando tales beneficios sean complementarios o accesorios al transporte internacional.

5. *Tailandia* se reserva el derecho a gravar los beneficios derivados del transporte marítimo conforme a su legislación interna.

5.1. *India* se reserva el derecho a aplicar el artículo 12 y no el artículo 8 a los beneficios procedentes del arrendamiento de buques o aeronaves a casco desnudo.

6. *Sudáfrica* y *Ucrania* se reservan el derecho a incluir una disposición para garantizar que los beneficios derivados del arrendamiento de buques o aeronaves a casco desnudo y, en el caso de Ucrania, los derivados del arrendamiento de contenedores, se traten de la misma manera que las rentas comprendidas en el apartado 1 cuando dichos beneficios sean accesorios al transporte internacional.

6.1. *Bulgaria, Croacia, Rusia* y *Sudáfrica* se reservan el derecho a ampliar el ámbito de aplicación del artículo, en los convenios bilaterales, al transporte internacional por carretera y ferroviario.

6.2. *Marruecos* se reserva el derecho a considerar que la imposición de los beneficios obtenidos por una empresa de transporte internacional con el alquiler de contenedores en operaciones complementarias o accesorias a su explotación internacional de buques o aeronaves está comprendida en el ámbito de este artículo.

6.3. *Serbia* se reserva el derecho a proponer en el curso de las negociaciones, que el arrendamiento de contenedores, aun cuando esté directamente relacionado o sea de carácter complementario, se considere una actividad diferenciada del transporte internacional marítimo o aéreo y por consiguiente se excluya del ámbito del artículo.

6.4. *Serbia* se reserva el derecho a ampliar el alcance del artículo al transporte internacional por carretera en los convenios bilaterales.

6.5. *Vietnam* se reserva el derecho a establecer que la potestad tributaria respecto de las rentas derivadas del transporte internacional se comparta en igual proporción (50/50).

6.6. Los *Emiratos Árabes Unidos* se reservan el derecho a incluir en sus convenios bilaterales una disposición confirmando que las rentas procedentes de la venta de billetes por cuenta de otras empresas, de la prestación de servicios técnicos a terceros, de depósitos bancarios y otras inversiones tales como bonos, acciones y otras obligaciones, recaen en el ámbito del artículo 8 siempre que estas rentas sean accesoria a la actividad de las empresas de transporte aéreo en el tráfico internacional.

7. *Costa Rica* se reserva el derecho a incluir en el ámbito de los "beneficios procedentes de la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional" la renta procedente de *a*) el alquiler temporal de buques o aeronaves a casco desnudo y *b*) el uso o alquiler de contenedores (incluidos los remolques y equipos auxiliares utilizados para el transporte de contenedores).

Posiciones sobre los Comentarios

8. *Vietnam* disiente de la interpretación dada en el párrafo 5 de los Comentarios.

9. *Vietnam* disiente de la interpretación dada en el párrafo 10 de los Comentarios en lo relativo al arrendamiento accesorio de contenedores.

10. *Brasil, India* y *Malasia* formulan una reserva con relación a la aplicación de este artículo a la renta derivada de actividades complementarias (véanse los párrafos 4 a 10.1).

11 *Singapur* formula una reserva respecto de la aplicación de este artículo a las rentas procedentes de actividades complementarias. Singapur opina que el artículo 8 no abarca las actividades complementarias no expresamente mencionadas en sus convenios tributarios.

12. *India* no comparte la opinión de que la renta que obtiene una empresa del comercio con los derechos y créditos de emisión del ejemplo expuesto en el párrafo 14.1 esté comprendida en el artículo 8.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 9 (EMPRESAS ASOCIADAS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Brasil, Tailandia* y *Vietnam* se reservan el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios.

2. *Bulgaria* y *Rusia* se reservan el derecho a sustituir en sus convenios "practicará" por "podrá practicar" en la primera frase del apartado 2.

3. *Azerbaiyán, Malasia* y *Serbia* se reservan el derecho a especificar en el apartado 2 que se hará un ajuste correlativo si se considera justificado.

4. *Costa de Marfil, Marruecos* y *Túnez* se reservan el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios a menos que el compromiso de proceder a un ajuste no sea aplicable en el caso de fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso. En este caso, Túnez se reserva el derecho a limitar el ajuste a períodos no cubiertos por sus leyes de prescripción.

5. *Rusia* se reserva el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios, pero está dispuesta a aceptar la inclusión del apartado, en el curso de las negociaciones, partiendo del hecho de que el otro Estado contratante únicamente está obligado a practicar el ajuste en la cuantía del impuesto siempre que haya manifestado su acuerdo, unilateralmente o mediante procedimiento amistoso, con el ajuste de los beneficios practicado por el Estado mencionado en primer lugar.

6. *Argentina* se reserva el derecho a incluir una disposición conforme a la que no se practicarán ajustes sobre el importe del impuesto allí aplicado sobre esos beneficios en caso de fraude, incumplimiento doloso o negligencia.

Posiciones sobre los Comentarios

7. En lo que concierne al párrafo 1 de los Comentarios al artículo 9, *Brasil* se reserva el derecho a prever en su legislación interna un enfoque que utilice los márgenes fijos extraídos de las prácticas sectoriales, en línea con el principio de plena competencia. Por tanto, se reserva el derecho de no suscribir la aplicación de las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias en los casos en que dichas directrices contradigan el citado enfoque.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 10 (DIVIDENDOS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

Apartado 2

1. *Tailandia* se reserva el derecho a aplicar su imposición en fuente a un tipo impositivo del 10 por ciento en el caso referido en el subapartado *a*).

2. *Singapur* formula una reserva respecto del periodo de referencia indicado en el subapartado *a*).

3. *Bulgaria, India, Lituania, Malasia, Rusia, Serbia* y *Singapur* se reservan el derecho a no incluir la condición de que las autoridades competentes determinen de común acuerdo el modo de aplicación del apartado 2.

3.1. *Azerbaiyán* se reserva el derecho a no incluir en sus convenios bilaterales la frase en la que se dice que las autoridades competentes determinarán el modo de aplicación del apartado 2 de común acuerdo, ya que aplica unas normas homogéneas para la aplicación de todos sus convenios bilaterales.

4. [Suprimido.]

5. *Azerbaiyán* y *Rumanía* se reservan el derecho a aplicar un tipo impositivo único, determinado mediante negociación, a todos los dividendos mencionados en este apartado.

6. *Costa de Marfil, Gabón, Marruecos, Rusia, Sudáfrica* y *Túnez* formulan una reserva respecto de los tipos impositivos previstos en el apartado 2 y sobre el porcentaje mínimo de participación del subapartado *a)*.

7. *Colombia, Serbia* y *Vietnam* se reservan el derecho a gravar todos los dividendos mencionados en el apartado 2 a un tipo único que no será inferior al 10 por ciento.

7.1. *Argentina* se reserva el derecho a incluir una disposición en sus convenios bilaterales por la que el tipo impositivo previsto en el apartado 2 no será aplicable cuando una sociedad local distribuya beneficios que excedan del importe total de beneficios fiscales acumulados al final del ejercicio fiscal inmediatamente anterior a la fecha de distribución de los dividendos, teniendo en cuenta que el impuesto sobre los dividendos que excedan de los beneficios acumulados se considerará una imposición sobre la sociedad.

7.2. *Argentina*, *India* e *Indonesia* se reservan el derecho a fijar el tipo impositivo en sus negociaciones bilaterales.

7.3. *Costa Rica* se reserva el derecho a aumentar el tipo impositivo sobre los dividendos en sus convenios bilaterales.

Apartado 3

8. *Argentina, Rusia* y *Túnez* se reservan el derecho a incluir una disposición que les permita aplicar las medidas sobre subcapitalización de su legislación interna independientemente de las restantes disposiciones del Convenio.

9. *Albania, Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Malasia* y *Serbia* se reservan el derecho a omitir en el apartado 3 la referencia a las acciones o bonos "de disfrute", participaciones mineras o los bonos de fundador, conceptos que no se utilizan en su legislación interna.

10. *Bulgaria* se reserva el derecho a sustituir en el apartado 3 la expresión "rendimientos derivados de otras participaciones societarias" por "rendimientos de otras participaciones".

10.1. *Marruecos* se reserva el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3 añadiendo los términos "y otra renta asimilada" después de "así como los rendimientos de otras participaciones societarias" y antes de "sujetas al mismo régimen fiscal...".

10.2. *India* se reserva el derecho a modificar la definición del término "dividendos".

10.3. *Argentina* se reserva el derecho a ampliar la definición de dividendos del apartado 3 de forma que comprenda ciertos pagos tratados por su legislación interna como distribución de dividendos.

10.4. *Bulgaria* se reserva el derecho a proponer en sus negociaciones bilaterales la inclusión de una cláusula conforme a la que los dividendos que su legislación interna considere como distribución encubierta de beneficios, siga siendo gravable conforme a su legislación, no obstante los límites previstos en el apartado 2 del artículo.

10.5. *Costa Rica* se reserva el derecho a ampliar la definición del término "dividendos" en el apartado 3 de forma que incluya todas las rentas sujetas, en aplicación de su legislación interna, al tratamiento fiscal al que se someten los dividendos.

Apartado 5

11. *Argentina, Kazajistán, Marruecos, Rusia* y *Túnez* se reservan el derecho a aplicar un impuesto sobre los beneficios de las sucursales.

12. *Brasil* se reserva el derecho a aplicar una retención en la fuente sobre los beneficios de los establecimientos permanentes al mismo tipo impositivo que el previsto en el apartado 2, como es tradicional en el sistema de imposición sobre la renta brasileño.

13. *Tailandia* se reserva el derecho a aplicar a los establecimientos permanentes un impuesto sobre las remesas de beneficios al tipo previsto en el subapartado 2 *a*).

14. *Indonesia* se reserva el derecho a aplicar un impuesto sobre los beneficios de las sucursales, si bien dicho impuesto no afectará a los términos contractuales de los contratos de producción compartida en relación con el petróleo y el gas y los contratos de obras en otros sectores de la minería.

14.1. *Colombia* se reserva el derecho a aplicar las normas de su legislación interna respecto de la imposición de los dividendos distribuidos con cargo a beneficios que no han sido gravados en manos de la sociedad, y a aplicar su impuesto sobre la transferencia de beneficios atribuibles a establecimientos permanentes que no han sido gravados en Colombia.

Posiciones sobre los Comentarios

15. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 24. En virtud de su legislación interna ciertos pagos se consideran distribuciones y, por tanto, se incluyen en la definición de los dividendos.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 11
(INTERESES)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Bulgaria* y *Ucrania* se reservan el derecho a excluir del ámbito de este artículo los intereses de créditos cuando el principal propósito, o uno de los principales propósitos, de cualquier persona que intervenga en la constitución o cesión del crédito por el que se pagan los intereses sea la obtención de los beneficios de este artículo y no motivaciones comerciales legítimas (*bona fide*).

Apartado 2

2. *Argentina*, *Brasil*, *Costa de Marfil*, *Costa Rica*, *Filipinas*, *India*, *Letonia*, *Rumanía*, *Tailandia* y *Ucrania* formulan una reserva respecto del tipo previsto en el apartado 2.

3. *Brasil* se reserva el derecho a incluir en sus convenios un apartado relativo a los intereses pagados al Gobierno de un Estado contratante o a una de sus subdivisiones políticas o entidades locales o a cualquier organismo (incluidas las instituciones financieras) pertene-

ciente en su totalidad a dicho Gobierno, en el que se establezca que dichos intereses solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del acreedor. Sin embargo, si los intereses los paga el Gobierno de un Estado contratante o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales o por cualquier organismo (incluidas las instituciones financieras) perteneciente en su totalidad al citado Gobierno, dichos intereses solo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante (es decir, en el Estado de la fuente).

4. *Bulgaria*, *India*, *Lituania*, *Malasia*, *Rusia*, *Serbia* y *Singapur* se reservan el derecho a no incluir el requisito de que las autoridades competentes determinen mediante acuerdo amistoso el modo de aplicación del apartado 2.

4.1. *Azerbaiyán* se reserva el derecho a no incluir en sus convenios bilaterales la frase en la que se dice que las autoridades competentes determinarán mediante acuerdo amistoso el modo de aplicación del apartado 2, ya que aplica unas normas homogéneas para la aplicación de todos sus convenios bilaterales.

Apartado 3

5. *Brasil, Tailandia* y *Ucrania* se reservan el derecho a considerar las sanciones por mora en el pago como intereses a los efectos de este artículo, conforme a su legislación interna.

6. *Malasia* se reserva el derecho a excluir las primas o premios de la definición de intereses, conforme al régimen previsto para dichos pagos en su legislación interna.

7. *Brasil* y *Tailandia* se reservan el derecho a considerar como intereses otras rentas asimiladas a las rentas de capitales prestados por la legislación tributaria del Estado contratante de donde estas proceden.

7.1. *Bulgaria, Marruecos* y *Túnez* se reservan el derecho a modificar la definición de intereses para aclarar que los pagos de intereses, considerados como distribución de beneficios en su legislación interna, están sujetos al artículo 10.

7.2. *Costa Rica* se reserva el derecho a ampliar la definición de intereses de modo que incluya otros tipos de rentas, tales como las rentas procedentes del arrendamiento financiero y de los contratos de factoraje.

Apartado 4

8. *Brasil* se reserva el derecho a prever que, cuando los intereses se paguen a un establecimiento permanente de un residente del otro Estado contratante situado en un tercer Estado, no se apliquen los límites relativos al tipo impositivo sobre los intereses previstos en el apartado 2.

8.1. *Marruecos* se reserva el derecho a incluir en el apartado 4 una referencia a otras actividades económicas realizadas en el otro Estado del mismo tipo o similar a las realizadas mediante un establecimiento permanente.

Posiciones sobre los Comentarios

9. *Malasia* está en desacuerdo con el párrafo 20 de los Comentarios dado que las primas o premios no se someten a imposición en la legislación interna de este país.

10. *India* se reserva el derecho a considerar como intereses el elemento de interés comprendido en la venta a crédito (descrito en los párrafos 7.8 y 7.9).

11. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 20, y se reserva el derecho a considerar la diferencia entre el valor de amortización y el precio de emisión conforme a lo dispuesto en su legislación interna.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 12 (CÁNONES) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Bulgaria* y *Ucrania* se reservan el derecho a excluir del ámbito de este artículo los cánones procedentes de bienes o derechos constituidos o cedidos principalmente con el propósito de obtener los beneficios de este artículo y no por motivaciones comerciales legítimas (*bona fide*).

2. [Suprimido.]

Apartado 1

3. *Albania*, *Argentina*, *Armenia*, *Azerbaiyán*, *Bielorrusia*, *Brasil*, *Bulgaria*, *Colombia*, *Costa de Marfil*, *Costa Rica*, *Croacia*, *Filipinas*, *Gabón*, *Indonesia*, *Kazajistán*, *Malasia*, *Marruecos*, la *República Democrática del Congo*, la *República Popular China*, *Rumanía*, *Rusia*, *Serbia*, *Singapur*, *Sudáfrica*, *Tailandia*, *Túnez*, *Ucrania*, *Vietnam* y *Hong Kong*, *China* se reservan el derecho a gravar los cánones en la fuente.

3.1. *Costa Rica* se reserva el derecho a conservar en sus convenios bilaterales un tipo impositivo en fuente del 10 por ciento.

4. *Armenia* se reserva el derecho a gravar los cánones por derechos sobre la propiedad intelectual relativos a obras literarias, científicas y artísticas a un tipo reducido.

4.1. *India* se reserva el derecho a: gravar los cánones y las retribuciones por servicios técnicos en la fuente; a definirlos, concretamente por referencia a su legislación interna; a definir la fuente de dichos pagos, que puede exceder de la contenida en el apartado 5 del artículo 11, y a modificar los apartados 3 y 4 en consecuencia.

Apartado 2

5. *Argentina, Brasil, Costa de Marfil, Gabón, Marruecos, Rusia, Tailandia* y *Túnez* se reservan el derecho a continuar incluyendo en la definición de cánones las rentas derivadas del arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos y de contenedores, conforme al apartado 2 del artículo 12 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de 1977.

6. *Filipinas, Tailandia* y *Vietnam* se reservan el derecho a incluir en la definición de cánones las retribuciones por servicios técnicos.

7. *Argentina, Brasil, Costa de Marfil, Gabón* y *Túnez* se reservan el derecho a incluir en la definición de cánones las retribuciones en concepto de asistencia técnica y servicios técnicos.

7.1. *Marruecos* se reserva el derecho a incluir en la definición de cánones los pagos por servicios, asistencia técnica y estudios técnicos y económicos, así como toda clase de honorarios por servicios.

7.2. *Colombia* se reserva el derecho a incluir en la definición de cánones los pagos percibidos por la prestación de asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría.

8. *Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Filipinas, India, Indonesia, Kazajistán, Malasia, la República Popular China, Rumanía, Rusia, Serbia, Tailandia* y *Vietnam* se reservan el derecho a incluir en la definición de cánones los pagos por el uso o por la cesión del uso de equipos industriales, comerciales o científicos.

8.1. *Serbia* se reserva el derecho a incluir en la definición de cánones la renta derivada del arrendamiento de buques o aeronaves a casco desnudo y de contenedores.

8.2. *Malasia* se reserva el derecho a incluir en la definición de cánones la renta derivada del arrendamiento de contenedores y de buques y aeronaves, comprendidos los contratos de alquiler de *slots* (espacios de carga), los contratos de arrendamiento de los espacios de carga por tiempo definido, o en los de arrendamiento por tonelaje transportado, o a casco desnudo, tanto si esos fletamentos están o no tripulados, equipados o aprovisionados.

9. *Bielorrusia* se reserva el derecho a incluir en la definición de cánones una referencia a los vehículos de transporte.

10. *Argentina, Brasil, Marruecos* y *Rumanía* se reservan el derecho a incluir en la definición de cánones los pagos en concepto de transmisiones por satélite, cable, fibra óptica o tecnologías similares.

10.1. *Argentina* y *Vietnam* se reservan el derecho a incluir en la definición de cánones los pagos por el uso o la cesión del uso de "películas, cintas o medios digitales utilizados para la difusión por radio o televisión".

11. *Albania, Malasia, Serbia* y *Vietnam* se reservan el derecho a regular los honorarios por servicios técnicos en un artículo independiente, análogo al artículo 12.

12. *Albania, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa de Marfil, Croacia, Filipinas, Gabón, Indonesia, Kazajistán, Lituania, Malasia, Marruecos, la República Popular China, Rumanía, Serbia, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Túnez, Ucrania, Vietnam* y *Hong Kong, China*, con el fin de cubrir lo que consideran una laguna legal del artículo, se reservan el derecho a añadir una disposición que defina la fuente de los cánones por analogía con las disposiciones del apartado 5 del artículo 11, que trata el mismo asunto, referido a los intereses.

12.1. *Marruecos* se reserva el derecho a incluir en el apartado una referencia a otras actividades económicas realizadas en el otro Estado del mismo tipo o similar a las efectuadas mediante un establecimiento permanente.

12.2. *La República Democrática del Congo* y *Malasia* formulan una reserva respecto del tratamiento del *software*.

12.3. *Kazajistán* se reserva el derecho a incluir en la definición de cánones los pagos por el uso o por la cesión del uso de *software*.

Posiciones sobre los Comentarios

13. *Argentina, Marruecos, Serbia* y *Túnez* disienten de la interpretación dada en los párrafos 14 y 15 de los Comentarios. Sostienen que los pagos relativos al *software* están comprendidos en el ámbito del artículo siempre que no se transmitan los derechos plenos sobre dicho *software*, tanto si retribuyen la cesión del uso de derechos de autor sobre *software* para su explotación comercial, como si se refieren al *software* adquirido para uso personal o profesional del comprador.

14. *Vietnam* está en desacuerdo con el párrafo 9 de los Comentarios. Incluso si no se incluye en el apartado 2 la frase "por el uso o la cesión del uso de un equipo industrial, comercial o científico" y las rentas derivadas del arrendamiento de equipos caen en el ámbito de aplicación del artículo 7, el hecho de que una empresa de un Estado contratante ceda equipos pesados en arrendamiento a una persona residente de Vietnam determina la existencia de un establecimiento permanente de esa empresa en Vietnam.

15. *Brasil* disiente de la interpretación dada en los párrafos 17.1 a 17.4, especialmente teniendo en cuenta el principio de la imposición en la fuente de estos pagos prevista en su legislación.

16. *Malasia* no se puede adherir a la nueva frase añadida en el párrafo 11.2, esto es, "los pagos hechos en virtud de estos contratos los regula, en general, el artículo 7". Malasia, en su legislación interna, trata los pagos por servicios prestados como una categoría especial de renta y no como renta de actividades económicas.

17. *India* formula una reserva respecto de las interpretaciones dadas en los párrafos 8.2, 10.1, 10.2, 14, 14.1, 14.2, 14.4, 15, 16 y 17.3 y considera que algunos de los pagos a los que se refieren pueden constituir cánones.

17.1. *Colombia* disiente de las interpretaciones dadas en los párrafos 8.2, 13.1, 14, 14.1, 14.2, 14.4, 15, 16 y 17.3; conforme a su legislación interna, algunos de estos pagos pueden constituir cánones.

18. *India* disiente de que se interprete que la información relativa a la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico se limite exclusivamente a experiencias previas.

19. *Malasia* disiente de la interpretación dada en el párrafo 14.2 y considera que los pagos por licencias sobre derechos de distribución de *software* constituyen cánones.

20. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 9.1 de los Comentarios al artículo 12, según la que el pago por el arrendamiento de un transpondedor no constituye un canon. Esta interpretación es contraria a la posición india conforme a la que la renta por el arrendamiento de un transpondedor constituye un canon por equipo, gravable tanto en virtud de su legislación interna como de sus convenios con muchos países. También es contrario a la posición india el hecho de que el pago por la utilización de un transpondedor se considere un pago por el uso de un proceso generador de un canon en virtud del artículo 12. India tampoco comparte la conclusión incluida en el párrafo referido a los cables y conducciones submarinas, dado que considera que estos son equipos industriales, comerciales o científicos y que los pagos efectuados por su utilización constituyen un canon por el uso de equipos.

21. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 9.2 de los Comentarios al artículo 12, dado que considera que una llamada en itinerancia constituye la utilización de un proceso. Por tanto, el pago efectuado por la utilización de dicho proceso constituye un canon a los efectos del artículo 12. Asimismo, India considera que los pagos efectuados por las llamadas

en itinerancia constituyen un canon, dado que se trata de un pago por la utilización de equipos industriales, comerciales o científicos.

22. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 9.3 de los Comentarios al artículo 12. Considera que el pago efectuado por una licencia de espectro constituye un canon gravable tanto en virtud de su legislación interna como de sus convenios con muchos países.

23. *Azerbaiyán* y *la República Popular China* disienten de la interpretación dada en el párrafo 10.1, ya que consideran que algunos de los pagos efectuados por razón de derechos exclusivos de distribución de un producto o servicio en un territorio dado pueden considerarse cánones.

24. *Bulgaria* disiente de la interpretación dada en el párrafo 14.4 de los Comentarios al artículo 12, y opina que un intermediario distribuidor que distribuye *software* a clientes utiliza los derechos sobre la propiedad intelectual relativos a dicho *software* cuando solicita al titular de estos derechos, o a otra persona que tenga derecho de copia del *software*, que provea a esos clientes de copias de ese *software*, ya sea en soporte material o electrónicamente.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 13 (GANANCIAS DE CAPITAL) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Argentina* y *Brasil* se reservan el derecho a gravar en la fuente las ganancias derivadas de la enajenación de bienes situados en un Estado contratante distintos de los bienes mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4.

2. La *República Popular China, Serbia* y *Tailandia* se reservan el derecho a gravar las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o derechos que formen parte de una participación sustancial en una sociedad residente.

3. *Singapur* formula una reserva respecto del periodo de referencia que se indica en el apartado 4.

3.1 *Lituania* se reserva el derecho a incluir disposiciones específicas referentes a las ganancias de capital derivadas de actividades realizadas en un Estado contratante en relación con la prospección o explotación de recursos naturales.

4. *Lituania* se reserva el derecho a limitar la aplicación del apartado 3 a las empresas que exploten buques y aeronaves en el tráfico internacional.

5. *Colombia, Costa Rica, India* y *Vietnam* se reservan el derecho a gravar las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones en una sociedad residente en sus respectivos países.

6. *Bulgaria* se reserva el derecho a gravar las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones de una sociedad residente en Bulgaria distintas de las cotizadas en un mercado de valores regulado.

7. *Bulgaria* se reserva el derecho a ampliar el ámbito de la disposición para abarcar las ganancias derivadas de la enajenación de vehículos de transporte ferroviario o por carretera.

8. *Vietnam* se reserva el derecho a modificar el apartado 4 de forma que los bienes inmuebles en cuestión únicamente tengan que representar el 30 por ciento de todos los activos que de los que sea propietaria la sociedad.

9. *Serbia* se reserva el derecho a extender el alcance de la disposición a las ganancias de capital procedentes de la enajenación de vehículos de transporte por carretera explotados en el tráfico internacional.

10. *India* formula una reserva respecto del apartado 4.

11. *Lituania* se reserva el derecho a no incluir el apartado 4 en sus convenios.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 14 (RENTA DE LOS SERVICIOS PERSONALES INDEPENDIENTES) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

[El 29 de abril de 2000 se eliminaron todas las posiciones relativas al artículo 14, cuando este fue eliminado del Modelo de Convenio tributario siguiendo la adopción del informe "Issues Related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention" ("Cuestiones relativas al artículo 14 del Modelo de Convenio de la OCDE") el 27 de enero de 2000, por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.]

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 15 (RENTA DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. [Suprimido.]

2. [Suprimido.]

3. *Lituania* se reserva el derecho a incluir disposiciones específicas referentes a la renta de trabajo por cuenta ajena asociado a actividades de prospección y explotación de recursos naturales efectuadas en un Estado contratante.

4. *Serbia* se reserva el derecho a proponer un apartado independiente que disponga que la retribución obtenida por un residente de un Estado contratante será gravable exclusivamente en ese Estado si la retribución se paga respecto de un empleo ejercido en el otro Estado contratante que esté relacionado con una obra o un proyecto de construcción o instalación por un período acordado, durante el cual la obra o el proyecto no constituyen un establecimiento permanente en ese otro Estado.

5. *India* se reserva el derecho a determinar mediante negociación bilateral el plazo de permanencia al que se hace referencia en este apartado.

5.1. Los *Emiratos Árabes Unidos* se reservan el derecho a modificar el apartado 3 para disponer que la retribución derivada de un empleo ejercido en relación con una aeronave explotada en el tráfico internacional (incluida la tripulación de la aeronave y el personal de tierra) se gravará exclusivamente en el país de residencia de la persona que explota la aeronave.

5.2. *Azerbaiyán* se reserva el derecho a disponer que las retribuciones procedentes de un empleo ejercido a bordo de buques o aeronaves serán gravables exclusivamente en el Estado de residencia de la persona que explota dichos buques o aeronaves.

5.3. *Hong Kong, China* se reserva el derecho a modificar el apartado 3 para disponer que la retribución de un empleado que trabaja a bordo de un buque o aeronave explotado en el tráfico internacional sea gravable exclusivamente en el Estado de residencia de la empresa que explota dicho buque o aeronave.

Posiciones sobre los Comentarios

6. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 6.2, dado que no reconoce la posibilidad de que se trate a un socio como "empleador" en el caso de sociedades de personas fiscalmente transparentes.

7. *India* y la *República Popular China* disienten de la interpretación dada en el párrafo 2.9 dado que, en su opinión, los pagos que percibe un empleado como contraprestación por la obligación de no trabajar para un competidor de su antiguo empleador constituyen una retribución derivada del empleo ejercido antes de la terminación de su contrato, y dichos pagos pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que se desarrollaban las actividades del trabajo por cuenta ajena, antes de la extinción de la relación laboral.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 16 (HONORARIOS DE CONSEJEROS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Albania, Azerbaiyán, Bulgaria, Indonesia, Lituania, la República Democrática del Congo* y *Serbia* se reservan el derecho a gravar con arreglo a este artículo, las retribuciones de los miembros del consejo de administración u otro órgano similar de una sociedad residente.

2. [Suprimido.]

3. *Marruecos* se reserva el derecho a gravar de acuerdo con este artículo las retribuciones de los miembros del consejo de administración o de cualquier otro órgano similar de una sociedad residente. Asimismo, Marruecos se reserva el derecho a extender la aplicación del artículo a las retribuciones de los empleados directivos.

4. *Indonesia, Malasia* y *Vietnam* se reservan el derecho a extender la aplicación del artículo a las retribuciones de los directores de más alto rango.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 17 (ARTISTAS Y DEPORTISTAS) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Filipinas* y *Rusia* se reservan el derecho a excluir de la aplicación del apartado 1 a los artistas y deportistas empleados por organizaciones que perciban subvenciones con cargo a fondos públicos.

2. *India* se reserva el derecho a incluir en el término "artistas" a los que desarrollan su actividad tanto en las artes escénicas como en las artes plásticas.

Posiciones sobre los comentarios

3. *Argentina* y *Brasil* disienten de la interpretación dada en el párrafo 3, según la cual el artículo 17 no debe extenderse a un modelo en el ejercicio de su actividad como tal que exhibe prendas durante un desfile de moda. Ambos consideran que, en determinadas circunstancias, un desfile de moda puede considerarse como un espectáculo. Por tanto, las rentas que obtenga un modelo por su participación en dicho desfile pueden estar incluidas en el ámbito del artículo 17 (a diferencia de la renta que obtenga de otras actividades, por ejemplo, sesiones de fotos, en las que la actividad ejercida carece, claramente, del carácter de espectáculo).

3.1. *Malasia* disiente de la interpretación dada en el párrafo 3, según la cual el artículo 17 no debe extenderse a un modelo en el ejercicio de su actividad como tal que exhiba prendas durante un desfile de moda.

4. *Brasil, Malasia* y la *República Popular China* no comparten la interpretación dada en el párrafo 3, ya que consideran que un conferenciante visitante, incluyendo en particular los antiguos políticos, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 17 cuando sus conferencias revistan un carácter de entretenimiento.

5. *Argentina* disiente de la interpretación dada en el párrafo 9.1 ya que considera que, en ciertos casos, los honorarios que reciba un deportista retirado o lesionado al intervenir como comentarista durante una retransmisión deportiva en la que no participa, pueden recibirse por las actividades personales que ejerce como persona que se dedica al espectáculo. En estos casos, el trabajo se le ofrece (con la renta que conlleva) por razón de su fama como deportista y no por su reputación como comentarista, por lo que las rentas estarían comprendidas en el ámbito del artículo 17.

6. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 3 según la cual el artículo 17 no debe extenderse a un modelo en el ejercicio de su actividad como tal que exhibe prendas durante un desfile de moda. India considera que, en determinadas circunstancias, un desfile de moda puede considerarse como un espectáculo, incluido por tanto en el ámbito del artículo 17.

7. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 9 conforme a la que el ámbito del artículo 17 se restringe únicamente a las actividades personales que tengan una estrecha vinculación con una actuación. India considera que las retribuciones que perciben los artistas o deportistas por sus actividades personales, incluidas sus apariciones públicas, están comprendidas en el ámbito del artículo 17.

8. *India* no está de acuerdo con el tercer ejemplo expuesto en el párrafo 9.1 relacionado con las actividades como comentarista durante la retransmisión de un espectáculo o encuentro deportivo, ya que considera que esas actividades están comprendidas en el ámbito del artículo 17.

9. *Brasil* e *India* disienten de la interpretación dada en el párrafo 11.2 y opinan que los premios económicos obtenidos en esas carreras se pagan como contraprestación por las actividades personales del jinete o del piloto y que están comprendidas en el artículo 17.

10. En relación con el párrafo 14 de los Comentarios, *India* considera que la locución "en calidad de [artista o deportista]" del apartado 1 del artículo 17 no comprenden las actividades financiadas con fondos públicos y que la disposición alternativa incluida en el párrafo 14 simplemente confirma este punto de vista.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 18
(PENSIONES)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. [Suprimido.]

2. *Brasil, Bulgaria, Costa de Marfil, Sudáfrica* y *Ucrania* se reservan el derecho a incluir en el apartado 1 una referencia explícita a las rentas vitalicias.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 19
(FUNCIÓN PÚBLICA)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Argentina* se reserva el derecho de gravar en la fuente las pensiones a las que se refiere el subapartado *b*) del apartado 2.

Posiciones sobre los Comentarios

2. *India* disiente de la interpretación según la cual en determinados organismos públicos como los ferrocarriles del Estado y los servicios postales ejerzan una actividad económica.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 20
(ESTUDIANTES)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Albania, Brasil* y *Serbia* se reservan el derecho a añadir un segundo apartado estableciendo, para los estudiantes que visiten el país, la aplicación de las mismas exenciones fisca-

les, desgravaciones o bonificaciones concedidas a los residentes relativas a subvenciones, becas y pagos en concepto de trabajo por cuenta ajena.

2. *Lituania* y *Marruecos* se reservan el derecho a incluir a las personas en formación y a las personas en prácticas en el ámbito de este artículo.

3. *Georgia* se reserva el derecho a proponer un nuevo apartado que disponga que las retribuciones que perciba un estudiante o una persona en prácticas que sea, o haya sido inmediatamente antes de llegar a un Estado contratante, residente del otro Estado contratante, por razón de un empleo ejercido en el Estado mencionado en primer lugar, durante un periodo o períodos que no excedan de dos años, no se someterán a imposición en el Estado mencionado en primer lugar cuando el empleo esté directamente relacionado con sus estudios o formación en ese Estado mencionado en primer lugar.

4. *Vietnam* se reserva el derecho a proponer que las retribuciones por los servicios prestados en un Estado contratante por un estudiante o una persona en prácticas, no se sometan a imposición en ese Estado, siempre que dichos servicios estén relacionados con sus estudios o prácticas.

5. *Tailandia* se reserva el derecho a proponer que las retribuciones por los servicios prestados en un Estado contratante por un estudiante o una persona en prácticas no se sometan a imposición en ese Estado si dichas retribuciones no exceden de la cuantía que se negocie, y dichos servicios están relacionados con sus estudios o prácticas.

6. *Brasil, Bulgaria, Costa de Marfil, Costa Rica, Filipinas, Marruecos, India, la República Popular China, Serbia, Tailandia, Túnez* y *Vietnam* se reservan el derecho a añadir un artículo relativo a la situación de los profesores, catedráticos e investigadores, con sujeción a diversas condiciones y pueden realizar las modificaciones oportunas en el apartado 1 del artículo 15.

7. *Costa de Marfil, Gabón* y *Túnez* se reservan el derecho a establecer que toda retribución por los servicios prestados por un estudiante o persona en prácticas en el Estado de acogida no se someterá a imposición en ese Estado, siempre que dichos servicios se realicen para cubrir sus gastos de mantenimiento, estudios o de formación.

8. *Marruecos* se reserva el derecho a añadir un segundo apartado que establezca que las retribuciones recibidas por razón de un empleo ejercido en el país de acogida no se someterán a imposición en ese Estado; o si lo fueran, los estudiantes visitantes recibirán las mismas exenciones, bonificaciones o desgravaciones que se concedan a los residentes.

9. *India* y *Hong Kong, China* se reservan el derecho a excluir a las "personas en prácticas" del ámbito de este artículo.

10. *India* se reserva el derecho a establecer que toda retribución por servicios prestados por un estudiante en un Estado contratante no se someterá a imposición en ese Estado, siempre que la prestación de los servicios esté directamente relacionada con sus estudios, pudiendo realizar las modificaciones oportunas en el apartado 1 del artículo 15.

11. *India* se reserva el derecho a limitar la exención prevista en este artículo a un plazo de seis años.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 21
(OTRAS RENTAS)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Albania*, *Argentina*, *Azerbaiyán*, *Bielorrusia*, *Brasil*, *Colombia*, *Costa de Marfil*, *Costa Rica*, *Gabón*, *India*, *Indonesia*, *Malasia*, *Marruecos*, *Rusia*, *Serbia*, *Singapur*, *Sudáfrica*, *Tailandia* y *Vietnam* formulan una reserva respecto de este artículo ya que desean conservar el derecho a gravar las rentas procedentes de fuentes situadas en sus respectivos territorios.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 22
(PATRIMONIO)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Argentina* se reserva el derecho a gravar el patrimonio, constituido por bienes distintos de los mencionados en el apartado 3, que esté situado en su territorio.

2. *Brasil, Bulgaria, Indonesia, Malasia, la República Popular China, Singapur, Tailandia* y *Vietnam* formulan una reserva respecto de este artículo siempre y cuando exijan impuestos sobre el patrimonio.

3. *India* se reserva el derecho a gravar el patrimonio conforme a su legislación interna.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 23 A y 23 B
(MÉTODOS DE EXENCIÓN Y MÉTODO DE IMPUTACIÓN O CRÉDITO FISCAL)
Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Albania*, *Argentina*, *Brasil*, *Costa de Marfil*, *India*, *Malasia*, *Marruecos*, la *República Popular China*, *Serbia*, *Tailandia*, *Túnez* y *Vietnam* se reservan el derecho a proponer una disposición para el reconocimiento de un crédito por impuestos "ahorrados" en relación con los incentivos fiscales aplicables al amparo de sus respectivas legislaciones internas.

2. *Argentina* y *Vietnam* se reservan el derecho a añadir un crédito de contrapartida respecto a alguna o a todas las rentas comprendidas en los artículos 10, 11 y 12 de forma que se considere, a los efectos del presente artículo sobre eliminación de la doble imposición, que el impuesto se ha pagado a un tipo determinado, negociable bilateralmente, aplicado sobre la renta bruta.

3. *Brasil* se reserva el derecho a proponer el reconocimiento de un crédito de contrapartida respecto a alguna o a todas las rentas comprendidas en los artículos 11 y 12 de forma que

se considere, a los efectos del presente artículo sobre eliminación de la doble imposición, que el impuesto se ha pagado a un tipo determinado, negociable bilateralmente, aplicado sobre la renta bruta.

4. *Brasil* y *Túnez* se reservan el derecho a proponer que las rentas comprendidas en el artículo 10 queden exentas o conlleven el derecho a un crédito de contrapartida en el otro Estado contratante.

5. *Brasil* formula una reserva respecto del apartado 4 del artículo 23 A.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 24 (NO DISCRIMINACIÓN) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

Apartado 1

1. [Suprimido.]

2. *Brasil, Colombia, Rumanía, Rusia, Singapur, Tailandia* y *Vietnam* formulan una reserva respecto de la segunda frase del apartado 1.

2.1. *Bulgaria* se reserva el derecho a omitir las palabras "que no se exijan o" en la primera frase.

2.2. *Indonesia, Malasia* y *Túnez* se reservan el derecho a restringir el ámbito del artículo a los residentes de los Estados contratantes.

2.3. *Singapur* se reserva el derecho a añadir una disposición para indicar que el otorgamiento de incentivos fiscales a sus nacionales con el propósito de fomentar el desarrollo económico o social no debe interpretarse como discriminatorio.

Apartado 2

3. [Suprimido]

4. *Albania, Bulgaria, Filipinas, India, Malasia, Rusia, Serbia, Singapur* y *Vietnam* se reservan el derecho a no incluir el apartado 2 en sus convenios.

Apartado 3

5. *Argentina* se reserva el derecho a aplicar un impuesto sobre los beneficios de las sucursales.

6. *Brasil* formula una reserva respecto del apartado 3 porque en su legislación interna no son deducibles los cánones pagados por un establecimiento permanente situado en Brasil a su sede central en el extranjero.

7. *Tailandia* se reserva el derecho a aplicar un impuesto sobre las remesas de beneficios y a someter las actividades de producción agrícola a un régimen tributario especial.

7.1. *Marruecos* se reserva el derecho a añadir un apartado que establezca que nada de lo dispuesto en este artículo puede interpretarse en el sentido de impedirle la aplicación de su legislación interna sobre sucursales, subcapitalización y precios de transferencia.

7.2. *Argentina* se reserva el derecho a prever en el apartado 3 que no se concederá ninguna de las exenciones o ventajas previstas en su legislación interna cuando la consecuencia de su concesión sea la transferencia de los impuestos a administraciones fiscales extranjeras.

7.3. *Colombia* se reserva el derecho a aplicar su impuesto sobre la transferencia de beneficios atribuibles a establecimientos permanentes.

Apartado 4

8. *Vietnam* formula una reserva sobre este apartado respecto de los intereses pagados a no residentes que no estén sujetos a imposición en la fuente.

8.1 *Malasia* formula una reserva sobre este apartado en el caso de intereses, cánones u honorarios por servicios técnicos pagados a no residentes cuando no se haya practicado la retención del impuesto.

8.2 *Singapur* formula una reserva respecto de este apartado en caso de intereses pagados a no residentes cuando no se haya practicado la retención del impuesto.

8.3 *Argentina* se reserva el derecho a no incluir el apartado 4 del artículo 24.

Apartado 5

9. *Brasil* se reserva el derecho a incluir, después de los términos "otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar", las palabras "cuyo capital sea propiedad o esté bajo el control, total o parcialmente, directa o indirectamente, de uno o varios residentes de un tercer Estado".

Apartado 6

10. *Albania*, *Argentina*, *Brasil*, *Bulgaria*, *Colombia*, *Filipinas*, *Malasia*, *Rumanía*, *Serbia*, *Singapur*, *Tailandia*, *Túnez*, *Ucrania* y *Vietnam* se reservan el derecho a limitar el ámbito de aplicación del artículo a los impuestos comprendidos en el Convenio.

Posiciones sobre los Comentarios

11. *India*, *Malasia* y *Singapur* formulan una reserva respecto de la interpretación dada en el párrafo 44.

11.1. *Argentina* disiente de la interpretación dada en el párrafo 44 y considera que el apartado 3 del artículo 24 no impide a un Estado establecer, por cualquier motivo, un régimen fiscal preferente al que únicamente puedan optar los residentes.

12. *India* se reserva el derecho a introducir un párrafo para aclarar que esta disposición no puede interpretarse en el sentido de impedir a un Estado contratante gravar los beneficios de un establecimiento permanente que una sociedad del otro Estado contratante tenga en el Estado mencionado en primer lugar a un tipo impositivo superior al aplicable a los beneficios

de una sociedad similar del primer Estado contratante, ni como que contravenga lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 7 (en su redacción anterior a la actualización de 2010 del Modelo de Convenio Tributario).

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 25 (PROCEDIMIENTO AMISTOSO) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

Apartado 1

1. *Filipinas* y *Tailandia* formulan una reserva respecto de la última frase del apartado 1.

1.1. *Kazajistán* formula una reserva respecto de la segunda frase del apartado 1 y se reserva el derecho a añadir al párrafo la siguiente frase: "En el caso de los procedimientos judiciales, las autoridades competentes de Kazajistán no podrán refutar las sentencias."

Apartado 2

2. *Bulgaria, Filipinas* y *Tailandia* formulan una reserva respecto de la segunda frase del apartado 2. Dichos países consideran que la aplicación de desgravaciones y devoluciones impositivas, como consecuencia de un acuerdo amistoso, debe someterse a los plazos previstos en sus respectivas legislaciones internas.

Apartado 3

3. *Tailandia, Túnez* y *Ucrania* formulan una reserva en relación con la segunda frase del apartado 3 dado que en aplicación de sus respectivas legislaciones internas no tienen capacidad para eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

Apartado 4

4. *Brasil, Filipinas, Malasia,* la *República Popular China, Singapur, Tailandia* y *Ucrania* se reservan el derecho a omitir las palabras "incluso en el seno de una Comisión mixta integrada por ellas mismas o sus representantes".

Apartado 5

4.1. *Brasil*, *India*, *Indonesia*, la *República Popular China*, *Serbia*, *Sudáfrica* y *Hong Kong*, *China* se reservan el derecho a no incluir el apartado 5 en sus convenios.

4.2. *Singapur* se reserva el derecho a modificar el apartado 5 en sus convenios.

Posiciones sobre los Comentarios

5. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 6.1 y considera que un término no definido en el convenio solo puede tener el significado que le atribuya el derecho del Estado

que aplica el Convenio y no pueden definirlo las autoridades competentes al amparo del artículo 25, mientras resuelven, mediante acuerdo amistoso, las dificultades o dudas que planteen la interpretación o la aplicación del Convenio.

6. *Argentina* considera que el apartado 1 del artículo no obliga a las autoridades competentes a iniciar o a aceptar un procedimiento amistoso cuando el contribuyente alegue una imposición no acorde con el convenio en un caso hipotético en vez de en un caso real.

7. En relación con el párrafo 25, *India* considera que las autoridades competentes pueden alcanzar un acuerdo conforme al artículo 25 durante la vigencia de las actuaciones judiciales iniciadas al amparo de la legislación interna. No obstante, el contribuyente podrá elegir entre aceptar o rechazar la resolución dictada. Si acepta la resolución, tendrá que renunciar a los recursos previstos en su legislación interna.

8. *India* disiente de la opinión expresada en el párrafo 42 en el sentido de que puede permitirse a un contribuyente diferir la aceptación de la solución acordada como resultado del procedimiento amistoso hasta que los tribunales hayan dictado sentencia sobre su caso.

9. En lo que concierne a los párrafos 86 y 87, dado que *Brasil* aplica normas muy estrictas en materia de secreto fiscal que impide la comunicación de información relacionada con un caso a terceras partes, considera que los procedimientos amistosos no deben debatirse ni aplicarse más que por las autoridades competentes de los Estados contratantes, quienes deben hacer todo lo posible para lograr una solución bilateral apropiada.

10. *India* disiente de la interpretación dada en el párrafo 14 ya que no está de acuerdo con que el procedimiento amistoso pueda iniciarse cuando la imposición se plantee como un riesgo probable. India considera que el procedimiento puede iniciarse únicamente cuando la imposición se plantee como un riesgo cierto.

11. *India* no está de acuerdo con que deban aclararse en el Convenio todas las circunstancias en la que un Estado pueda impedir el acceso al procedimiento amistoso. India considera que la redacción del artículo 25 debe permitir que se deniegue el acceso al procedimiento amistoso en ciertos casos.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 26 (INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. [Suprimido.]

2. *India* se reserva el derecho a incluir en el ámbito de aplicación de este artículo documentos o copias certificadas de documentos.

2.1. *Marruecos* y *Tailandia* se reservan el derecho a no incluir, en el apartado 1, los términos “el intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2”.

Posiciones sobre los Comentarios

3. Por lo que respecta al párrafo 10.3 de los Comentarios, *Hong Kong, China* desea aclarar su posición respecto del intercambio de información preexistente a la entrada en vigor del convenio bilateral. Por razón de su legislación interna, Hong Kong, China intercambiará únicamente información relacionada con los ejercicios fiscales posteriores a la entrada en vigor del convenio.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 28 (MIEMBROS DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y DE OFICINAS CONSULARES) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. Teniendo en cuenta que *Hong Kong, China* no es un Estado soberano sino una región administrativa especial de la República Popular China, Hong Kong, China se reserva el derecho a sustituir en este artículo la expresión "misiones diplomáticas" por "misiones gubernamentales".

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 29 (DERECHO A LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *India* se reserva el derecho a restringir los beneficios derivados, en aplicación del apartado 4 del artículo 29, a los beneficiarios equiparables que sean propietarios directos de las participaciones en el residente.

2. *Singapur* formula una reserva respecto del apartado 8.

3. *Indonesia* se reserva el derecho de abordar el artículo 29 mediante negociaciones bilaterales.

POSICIONES SOBRE EL ARTÍCULO 30 (EXTENSIÓN TERRITORIAL) Y SUS COMENTARIOS

Posiciones sobre el artículo

1. *Indonesia*, *Malasia*, la *República Popular China*, *Singapur* y *Tailandia* formulan una reserva respecto de este artículo.

ANEXO

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO DE LA OCDE RELATIVA AL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO

(Adoptada por el Consejo el 23 de octubre de 1997)

EL CONSEJO

Visto el artículo 5(*b*) del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960;

Vista la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1994 relativa al Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio [C(94)11/FINAL] y la Recomendación del Consejo de 21 de septiembre de 1995 modificando el Apéndice a la Recomendación anterior [C(95)132/FINAL];

Visto el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de 24 de junio de 1997 titulado "Actualización a 1997 del Modelo de Convenio tributario" [DAFFE/CFA/WP1(97)10/REV2] (denominado en lo sucesivo "el Informe de 1997");

Considerando la necesidad de suprimir los obstáculos que la doble imposición jurídica internacional supone para la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre los países mediante la conclusión de convenios a tal fin;

Considerando igualmente la necesidad de armonizar los convenios bilaterales existentes sobre la base de principios, definiciones, reglas y métodos uniformes y de extender la red existente de tales convenios a todos los países miembros y, cuando sea oportuno, a los países no miembros;

Considerando además la necesidad de fomentar la aplicación e interpretación comunes de las disposiciones de los convenios tributarios basadas en las del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio (denominado en lo sucesivo el "Modelo de Convenio tributario");

Considerando que los esfuerzos de los países miembros en esa dirección han producido ya resultados importantes y que la revisión propuesta del Modelo de Convenio tributario permitirá confirmar y extender la cooperación internacional existente en materia fiscal;

Teniendo en cuenta el Modelo de Convenio tributario y los Comentarios al mismo (en la redacción dada por el Informe de 1997), que podrán modificarse periódicamente en lo sucesivo;

I. RECOMIENDA a los Gobiernos de los países miembros:

1. que prosigan sus esfuerzos para concluir convenios tributarios bilaterales en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio con aquellos países

miembros y, cuando sea oportuno, con los países no miembros con los que aún no lo hayan hecho, y para revisar los convenios existentes que ya no respondan a las necesidades actuales;

2. que cuando concluyan convenios bilaterales nuevos, o revisen los convenios bilaterales existentes, sigan el Modelo de Convenio tributario tal como se interpreta en los Comentarios al mismo;

3. que sus Administraciones tributarias sigan los Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio tributario, tal como se modifiquen periódicamente, cuando apliquen e interpreten las disposiciones de sus convenios tributarios bilaterales basadas en dichos artículos.

II. INVITA a los gobiernos de los países miembros a continuar notificando al Comité de Asuntos Fiscales sus reservas a los artículos y observaciones a los Comentarios.

III. ORDENA al Comité de Asuntos Fiscales que prosiga el examen de las situaciones en las que sea necesario modificar las disposiciones del Modelo de Convenio tributario o los Comentarios a las mismas a la vista de la experiencia adquirida por los países miembros, y que formule las propuestas apropiadas para su actualización periódica.

IV. DECIDE derogar las Recomendaciones del Consejo C(94)11/FINAL (de 31 de marzo de 1994) y C(95)132/FINAL (de 21 de septiembre 1995).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

La OCDE es un foro único en el que las Administraciones trabajan conjuntamente con el fin de afrontar los retos económicos, sociales y medioambientales de la globalización. La OCDE también constituye la vanguardia de los esfuerzos realizados para comprender los avances y ayudar a las Administraciones a responder ante los nuevos avances y áreas de preocupación, como la regulación de las sociedades, la economía de la información y los retos de una población que envejece. La Organización proporciona un marco en el que las Administraciones pueden comparar sus experiencias políticas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar las prácticas correctas y trabajar en la coordinación de las políticas nacionales e internacionales.

Los Estados miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. La Comisión Europea participa en los trabajos de la OCDE.

Ediciones OCDE difunde los resultados de las recopilaciones estadísticas e investigaciones de la Organización en materia económica, social y medioambiental, así como los convenios, directrices y estándares acordados por sus miembros.

Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio
VERSIÓN ABREVIADA

Esta publicación es la décima edición de la versión abreviada del *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio* de la OCDE. Esta versión abreviada contiene los artículos y los comentarios del *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio* tal como podían leerse el 21 de noviembre de 2017, sin las notas históricas y los informes que sirven de antecedente, incluidos en la versión íntegra .

La versión íntegra del *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio* se publica de forma separada para cada edición. Está disponible en formato *web*, impreso y *PDF*. El texto en formato *web* incluye un gran número de vínculos, lo que facilita el salto desde los artículos a los comentarios relacionados. Se puede acceder a las versiones en *PDF* y formato *web* a través de OCDE Library.

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE HACIENDA
SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA
INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES

ISBN: 978-84-8008-411-6

9 788480 084116

Precio: 100 euros
(IVA incluido)