

Plataforma de Colaboración en materia Tributaria

Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: Una guía práctica

Fondo Monetario Internacional (FMI)

Grupo Banco Mundial (GBM)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Este documento ha sido elaborado en el marco de la Plataforma de Colaboración en materia Tributaria (PCT), bajo la responsabilidad de las Secretarías y el personal de las cuatro organizaciones. El presente informe no debe considerarse como la posición oficialmente respaldada por esas organizaciones ni por sus países miembros.

La guía práctica se beneficia de los comentarios aportados durante dos períodos de examen público, que tuvieron lugar entre agosto y octubre de 2017 y entre julio y septiembre de 2018. Los asociados de la PCT desean expresar su agradecimiento por todos los aportes recibidos.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| SIGLAS | 4 |
| GLOSARIO | 5 |
| RESUMEN | 7 |
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| II. ANÁLISIS DE LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES | 12 |
| A. Anatomía de las transferencias indirectas transnacionales | 12 |
| B. Repercusiones en los ingresos | 18 |
| C. Asignación de potestades tributarias sobre las TIT: Consideraciones sobre equidad y eficiencia | 21 |
| III. TRES CASOS ILUSTRATIVOS | 30 |
| IV. LOS TRATADOS TRIBUTARIOS Y LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES | 33 |
| A. Las transferencias indirectas transnacionales en los modelos de tratados | 33 |
| B. Las transferencias indirectas transnacionales y el Instrumento Multilateral | 37 |
| C. El artículo 13(4) en la práctica | 40 |
| V. OPCIONES Y DESAFÍOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN | 42 |
| A. Reseña del diseño legal y los principios para la redacción: Dos modelos | 44 |
| B. Modelo 1: Se grava a la entidad local residente que posee el activo en el marco de un modelo de enajenación implícita | 47 |
| C. Modelo 2: Se grava al vendedor no residente | 53 |
| D. Definición de “bienes inmuebles” | 61 |
| VI. CONCLUSIONES | 65 |
| APÉNDICE A. CONSULTAS | 67 |
| APÉNDICE B. COMPARACIÓN DE TRANSFERENCIAS DIRECTAS E INDIRECTAS | 69 |
| APÉNDICE C. EJEMPLOS DE PRÁCTICAS ADOPTADAS POR DIVERSOS PAÍSES | 71 |
| APÉNDICE D. EL ARTÍCULO 13(4) EN LA PRÁCTICA: ANÁLISIS EMPÍRICO | 76 |
| BIBLIOGRAFÍA | 80 |

RECUADROS

| | |
|---|----|
| 1. Fuentes de las ganancias de capital | 17 |
| 2. India: El caso de <i>Vodafone</i> | 30 |
| 3. Perú: La adquisición de <i>Petrotech</i> | 31 |
| 4. Uganda: El caso <i>Zain</i> | 31 |
| 5. Traspaso del control | 47 |
| 6. Norma sobre la fuente | 53 |
| 7. Norma sobre activos imponibles. Tributación completa y proporcional | 55 |
| 8. Norma sobre la aplicación y recaudación: Retención fiscal | 59 |
| 9. Norma sobre la aplicación y recaudación. Notificación y cobro de impuestos sobre derechos de participación no incluidos en cartera a través de agentes | 60 |
| 10. Modelo de definición de bien inmueble | 62 |
| 11. C.1: La ley peruana de impuesto sobre la renta en relación con la venta indirecta transnacional de activos | 72 |

GRÁFICOS

| | |
|--|----|
| 1. Ejemplo simplificado de la estructura de una TIT | 14 |
| 2. Artículo 13(4) en los tratados sobre doble tributación | 41 |
| 3. Proporciones de tratados sobre doble tributación que incluyen el artículo 13(4) | 43 |
| D.1: Inclusión del artículo 13(4) en los tratados sobre doble tributación con países ricos en recursos o jurisdicciones de bajo nivel impositivo | 79 |

CUADROS

| | |
|---|----|
| 1. Asignación de potestades tributarias entre países sobre las transferencias de activos según los modelos de convenio tributario | 33 |
| 2. D.1 Estadísticas descriptivas | 77 |
| 3. D.2 La probabilidad de incluir el artículo 13(4) en el tratado sobre doble tributación: Resultados de las estimaciones | 78 |

SIGLAS

| | |
|------|--|
| BEPS | erosión de la base imponible y el traslado de beneficios |
| IML | Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la BEPS (Instrumento Multilateral) |
| DWG | Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo del G20 |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| GBM | Grupo Banco Mundial |
| IGC | impuesto a las ganancias de capital |
| MCT | modelo de convenio tributario |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| PCT | Plataforma de Colaboración en materia Tributaria |
| TDT | tratado sobre doble tributación |
| TIT | transferencia indirecta transnacional |

GLOSARIO

Activo: Algo que tiene valor financiero.

Base tributaria: El valor original de un activo a efectos de la tributación. La base tributaria generalmente es el precio de compra original (más los gastos de compra directos), menos (en el caso de los activos comerciales) cualquier deducción por depreciación que la empresa haya realizado para propósitos del impuesto sobre la renta.

Bienes intangibles: Bienes que no tienen presencia física, por ejemplo, activos financieros, como acciones, propiedad intelectual o fondo de comercio (goodwill).

Entidad: Una organización o un mecanismo; por ejemplo, una compañía, una empresa, una sociedad colectiva, una sucesión o un fideicomiso.

Establecimiento permanente: Concepto empleado para determinar cuando una entidad de un grupo tiene una conexión suficiente con un país para dar derecho a ese país a gravar las ganancias de la entidad atribuibles a ese establecimiento permanente en ese país.

Ida y vuelta de fondos (round-tripping): Cadena de transacciones en la que el comienzo y el fin de la cadena se encuentran en el mismo país (y, generalmente, involucran al mismo contribuyente), pero las transacciones intermedias se llevan a cabo a través de otras entidades ubicadas fuera del país.

Instrumento Multilateral (IML): Conocido oficialmente como la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS), es un instrumento elaborado en el marco de la Acción 15 del Proyecto de la OCDE y del G20 sobre la BEPS para facilitar y coordinar las modificaciones de las disposiciones de los tratados. Se lo suele denominar por su sigla, "IML".

Limitación de beneficios: Disposición de un tratado tributario que limita los beneficios de dicho tratado a los residentes de un Estado contratante que posean determinadas características o a los que se apliquen determinadas condiciones.

Acuerdo de comisionista: Acuerdo a través del cual una persona vende productos en un Estado determinado en su propio nombre, aunque por cuenta de una empresa extranjera que es la propietaria de dichos productos.

Modelo de convenio tributario: Modelo que se utiliza como base de un *tratado tributario* negociado entre dos países. Existen dos modelos de convenio tributario principales: el de la ONU y el de la OCDE. Ambos convenios son similares en gran medida, aunque difieren en algunos detalles importantes.

País de la fuente: País dentro del cual se considera que surgen los ingresos o las ganancias. En ocasiones denominado aquí "país donde se encuentra ubicado el activo".

País de residencia: País en que la persona o entidad que obtiene ingresos o ganancias de capital es residente para propósitos tributarios.

Participación directa: Propiedad de cualquier activo particular en la que no hay entidades intervinientes entre el propietario en cuestión y el activo en cuestión.

Participación indirecta: Participación en la propiedad de un activo en el que hay al menos una entidad interviniente en la cadena de propiedad entre el activo en cuestión y el propietario en cuestión.

Participación: Propiedad efectiva, total o parcial, de un activo.

Prueba de propósito principal: Norma en virtud de la cual, si uno de los principales propósitos de un acuerdo es obtener los beneficios previstos en un tratado tributario, estos beneficios se deniegan a menos que el otorgamiento de estos beneficios estuviera de acuerdo con el objeto y el propósito de las disposiciones del tratado tributario específico.

Rentas de un lugar específico: Rentabilidad económica que excede el nivel "normal" mínimo de rentabilidad que un inversionista requiere ("renta"), que está relacionada exclusivamente con un lugar específico y que, por ende, puede gravarse sin tener, en teoría, efecto alguno sobre el alcance o la ubicación de la actividad o el activo subyacente.

Retención fiscal: Impuesto exigido por el país de la fuente a una tasa fija sobre el monto bruto de dividendos, intereses, regalías y otros pagos efectuados a no residentes.

Transferencia de participación: Un cambio en la propiedad de un activo, total o parcial, entre partes independientes o relacionadas.

Transferencia directa: La enajenación de un derecho de participación directa en un activo, en su totalidad o en parte.

Transferencia indirecta nacional: Cualquier transferencia indirecta que no sea transnacional.

Transferencia indirecta transnacional: Transferencia indirecta en la que el transferente del derecho de participación indirecta es residente de un país diferente del país en el que se encuentra ubicado el activo en cuestión.

Transferencia indirecta: La enajenación de un derecho de participación indirecta en un activo, en su totalidad o en parte.

Transferente: Persona o entidad que transfiere un derecho de participación en un activo.

Tratado tributario: También denominado "convenio o acuerdo tributario". En un tratado tributario, celebrado entre dos o más países, se atribuye a una jurisdicción el derecho a gravar los ingresos de una entidad o persona que opera en más de un país, de modo tal que los ingresos no estén sujetos a impuestos en ambos países, o bien, si lo están, se otorgue una desgravación para eliminar la doble tributación en la medida de lo posible, o para evitar la doble no tributación.

RESUMEN

El tratamiento fiscal de las “transferencias indirectas transnacionales” (TIT) — esencialmente, la venta de una entidad que posee un activo ubicado en un país realizada por un residente de otro país— se ha convertido en un problema importante en muchos países en desarrollo. Esta situación ha sido identificada en los estudios de asistencia técnica del Fondo Monetario Internacional (FMI) y en diversos estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); sin embargo, no se abordó en el Proyecto de la OCDE y del G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS). En relación con las industrias extractivas, las TIT también son objeto de estudio en la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Es posible que el país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente desee gravar las ganancias realizadas procedentes de dichas transferencias, tal como sucede actualmente con las transferencias directas de activos inmuebles. Algunos países tal vez deseen aplicar este tratamiento a una clase más amplia de activos, para incluir más de aquellos que generan rentas de un lugar específico, es decir, la rentabilidad que excede el mínimo requerido por los inversionistas y que no está disponible en otras jurisdicciones. Esto podría incluir, por ejemplo, licencias de telecomunicaciones y otros derechos otorgados por el Gobierno. No obstante, en el informe también se reconoce que las ganancias sobre las TIT pueden atribuirse en parte al valor aportado por los titulares y administradores de dichos activos y que algunos países pueden optar por no gravar las ganancias sobre las TIT.

Las disposiciones de los modelos de tratados de la OCDE y de la ONU sugieren que, en general, se acepta que el país en el que se encuentra ubicado el activo pueda aplicar un impuesto a las ganancias de capital de las TIT de activos “inmuebles”. No obstante, sigue siendo cierto que el artículo 13(4) del modelo pertinente se incluye solo en aproximadamente el 35 % de todos los tratados sobre doble tributación (TDT), y es menos probable que esté presente cuando una de las partes es un país de ingreso bajo y rico en recursos. La Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la BEPS (denominada el “Instrumento Multilateral”, o el “IML”) ha incrementado el número de tratados tributarios que incluyen el artículo 13(4) del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Se prevé que este impacto aumente a medida que otras partes firmen el IML y enmienden los tratados tributarios pertinentes para incluir el nuevo texto del artículo 13(4).

No obstante, independientemente de lo que dispongan los tratados, esa potestad tributaria no puede respaldarse si en la legislación interna no se establece una definición adecuada de los activos que se busca gravar y una base de derecho interno para hacer valer dicha potestad.

Existe la necesidad de adoptar un enfoque más uniforme con respecto a los impuestos sobre las TIT por parte de los países que optan por gravarlas. Las respuestas unilaterales de los países varían ampliamente en cuanto a los activos comprendidos y el enfoque jurídico

adoptado. Una mayor coherencia podría ayudar a aumentar la certeza tributaria.

En el informe se esbozan dos enfoques principales para la aplicación de impuestos a las TIT por parte del país en el que se encuentra el activo subyacente, la cual requiere una redacción cuidadosa de las disposiciones que los establezcan. El documento identifica los dos principales enfoques para hacerlo y brinda, para ambos, un modelo de texto legislativo simplificado para la legislación interna del país en el que se encuentra ubicado el activo. En uno de estos métodos, el modelo 1, se trata a la TIT como la enajenación implícita del activo subyacente. En el otro, el modelo 2, se considera que la transferencia la efectúa el vendedor real en el extranjero, pero se establece que la fuente de las ganancias procedentes de esa transferencia está situada dentro del país en el que se encuentra el activo y, por ende, se permite que dicho país las grave. En el informe no se expresa ninguna preferencia general entre los dos modelos: la opción apropiada dependerá de las circunstancias y preferencias de cada país en particular.

INTRODUCCIÓN

Este informe y guía práctica es una de las diversas iniciativas que responden a una solicitud efectuada por el Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo (DWG) del Grupo de los Veinte (G20) al Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Grupo Banco Mundial (GBM) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) —los miembros de la Plataforma de Colaboración en materia Tributaria (PCT)— para que elaboren “guías prácticas” destinadas a los países en desarrollo sobre la aplicación adecuada de respuestas a las cuestiones tributarias internacionales en el marco del Proyecto de la OCDE y del G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS), así como otras cuestiones que revisten particular importancia para los países en desarrollo y que no aborda el proyecto.

El asunto que se analiza aquí es el tratamiento impositivo a las ganancias de capital derivadas de *transferencias indirectas transnacionales (TIT) de activos*¹: es decir, las ventas, no de los activos subyacentes propiamente dichos, sino de alguna entidad titular de esos activos en alguna otra jurisdicción.

Se ha suscitado una preocupación bastante generalizada entre los países en desarrollo acerca de que las TIT puedan usarse para eludir, de manera inapropiada, los impuestos a las ganancias de capital en el país donde se encuentran ubicados esos activos subyacentes. Este problema, que no se aborda en el Proyecto BEPS, fue identificado por los países en desarrollo como una cuestión que reviste importancia para muchos de ellos, sobre todo, pero no únicamente, en las industrias extractivas. Su relevancia también ha sido subrayada por el FMI (véase FMI, 2014, que se basa en varios casos derivados de los estudios de asistencia técnica del FMI), la OCDE (véase OCDE, 2014a y 2014b, donde se identifican cuestiones tributarias internacionales de alta prioridad en los países de ingreso bajo) y la ONU². Si bien este problema ha sido reconocido desde hace mucho tiempo, en los últimos años ha adquirido una importancia mucho mayor.

El objetivo de este informe es analizar el tratamiento fiscal de las TIT y brindar opciones al respecto, prestando especial atención a la perspectiva de los países en desarrollo. En él se abordan cuestiones económicas y jurídicas esenciales y se hace un balance de los enfoques

¹ Los términos que aparecen escritos en bastardilla la primera vez que se utilizan en el texto (a excepción de los nombres de empresas) están explicados en el glosario.

² Las cuestiones sobre el impuesto a las ganancias de capital relacionadas con los tratados también fueron señaladas como motivo de inquietud por los encuestados en un cuestionario de la ONU sobre las prioridades de BEPS en los países en desarrollo (Peters, 2015). Véase también Naciones Unidas (2017), *Handbook on Selected Issues for Taxation of the Extractive Industries by Developing Countries*, que tiene un capítulo dedicado a las transferencias indirectas transnacionales. Disponible en línea en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/Extractives-Handbook_2017.pdf.

aplicados en determinados países. Las preguntas clave que se abordan son las siguientes: i) ¿Qué consideraciones surgen a la hora de decidir si estas transferencias deben gravarse en el país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente? ii) ¿A qué tipos de activos sugieren estas consideraciones que se debería aplicar un impuesto de este tipo? iii) ¿Cuál es la mejor manera de diseñar y aplicar tales impuestos, en caso de adoptarse, en términos prácticos y jurídicos?

Los temas en cuestión son sumamente complejos, tanto en lo que se refiere a la economía subyacente como a sus aspectos jurídicos. Para abordarlos, esta guía práctica se basa en las publicaciones existentes³, así como en los estudios de asistencia técnica del FMI con países en desarrollo, y refleja las respuestas a los comentarios públicos recibidos de empresas, la sociedad civil y autoridades de los países con respecto a los dos borradores previos del informe⁴. No se establece un enfoque único y definitivo, apto para todas las circunstancias. En cambio, el objetivo es identificar opciones viables, con especial atención a las circunstancias de los países en desarrollo. Tampoco se ocupa de todas las cuestiones técnicas que se plantean en esta esfera (en relación, por ejemplo, con las reorganizaciones empresariales y los ajustes de las bases); no obstante, podría resultar útil una orientación más detallada en estas esferas.

La estructura de este informe es la siguiente: en la próxima sección (II) se ofrece una introducción a las TIT, se incluye un ejemplo simplificado que ilustra los problemas que surgen de su tratamiento fiscal y se proporciona un análisis de las consideraciones económicas que fundamentan las respuestas a los interrogantes acerca de si un país desea gravar las TIT o no, si corresponde, de qué tipo y de qué manera. En la sección III se describen algunos casos recientes en los que se ponen de relieve estas inquietudes y se refleja la variedad de normas nacionales unilaterales vigentes, y en la sección IV, se hace hincapié en el tratamiento de las TIT tal como se abordan actualmente en virtud de los dos modelos de tratados tributarios principales (el de la ONU y el de la OCDE) y se analizan las importantes posibilidades creadas por el nuevo Instrumento Multilateral (IML) de la OCDE. A continuación, en la sección V se consideran en detalle las cuestiones de aplicación planteadas por dos enfoques existentes de tributación de las transferencias indirectas. En la última sección (VI) se presentan conclusiones. En los apéndices se incluyen detalles adicionales sobre el análisis empírico y sobre las experiencias de países seleccionados.

Este informe no ofrece normas vinculantes ni disposiciones autorizadas de ningún tipo ni pretende establecer ningún estándar de política internacional. La pretensión es, más bien, describir una cuestión relativa a la tributación internacional que suscita especial preocupación en los países en desarrollo, además de analizar los enfoques aplicados por determinados países con miras a establecer los pros y los contras de esos enfoques y brindarles una orientación práctica sobre las opciones para abordar esa cuestión, en caso de que decidan hacerlo. Por lo tanto, el informe presenta el análisis y las conclusiones del personal a cargo de la tributación de las cuatro organizaciones asociadas, pero no refleja las opiniones oficiales de los países miembros o la

³ Incluidos, especialmente, Tolenado, Bush y Mandelbaum (2017); Burns, Le Leuch y Sunley (2016); Cui (2015); Kane (2018), y Krever (2010).

⁴ Véase el apéndice A.

gerencia de las organizaciones. Asimismo, los casos ilustrativos que se exponen en el presente informe se proporcionan únicamente con el propósito general de ejemplificar la cuestión de tributación internacional en la que se centra este documento, y la descripción de esos casos no debe servir para nada más que para ese propósito general. Los casos ilustrativos reflejan simplemente la comprensión general de los mecanismos y las transacciones subyacentes, sobre la base de la información comunicada y las observaciones escritas recibidas durante el proceso de consulta.

II. ANÁLISIS DE LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES

En esta sección se explica lo que significa una “transferencia indirecta transnacional” (TIT) mediante un ejemplo simplificado que se utilizará en toda la guía práctica⁵, se analizan las repercusiones en cuanto al ingreso y se estudian las principales consideraciones conceptuales relacionadas con la aplicación de impuestos a las TIT.

A. Anatomía de las transferencias indirectas transnacionales

Definiciones y un ejemplo simple

Por derecho de participación indirecta se entiende, a efectos del presente informe, un mecanismo en virtud del cual hay al menos una entidad interviniente entre el propietario controlante y el activo en cuestión. Un *derecho de participación directa*, en cambio, es aquel en el que no hay entidades intervinientes. En el gráfico 1 se incluye un ejemplo simplificado de una estructura de propiedad en tres niveles. En la terminología que se ha establecido, la empresa A tiene un derecho de participación “directa” en el “activo”; la empresa B y su empresa “matriz” P1 tienen un derecho de participación “indirecta” en el “activo”. En un nivel superior, la empresa B tiene un derecho de participación directa en las acciones de la empresa A, y la empresa P1 tiene un derecho de participación indirecta en dichas acciones.

Una “transferencia” es un cambio en la propiedad directa o indirecta de un activo, total o parcial, entre partes independientes o relacionadas. Las transferencias de propiedad pueden generar ganancias (o pérdidas) de capital gravables, y esto constituye el núcleo primordial de los asuntos tratados en este informe. Cabe destacar que no todas las transferencias de propiedad generan ganancias (o pérdidas) gravables, incluso al margen de las cuestiones analizadas aquí. Es posible que las transferencias a través de fusiones o adquisiciones no sean hechos gravables —aunque el valor del activo haya aumentado (o disminuido)— si la transacción cumple con las normas fiscales nacionales relativas a la reestructuración o reorganización exenta de impuestos. En general, las normas de exención impositiva para reorganizaciones exigen una continuidad sustancial de la propiedad final para obtener el beneficio de la postergación de la realización de ganancias al momento de la transacción. Las transferencias de este tipo no se abordan en este informe.

⁵ Por supuesto que las estructuras corporativas en el mundo real son, por lo general, mucho más complejas que este ejemplo: en cualquier punto de la cadena de propiedad puede haber múltiples propietarios, y son comunes los acuerdos complejos de propiedad cruzada. El ejemplo modelo, sin embargo, sirve para poner de manifiesto de la manera más sencilla posible las consideraciones básicas en cuestión.

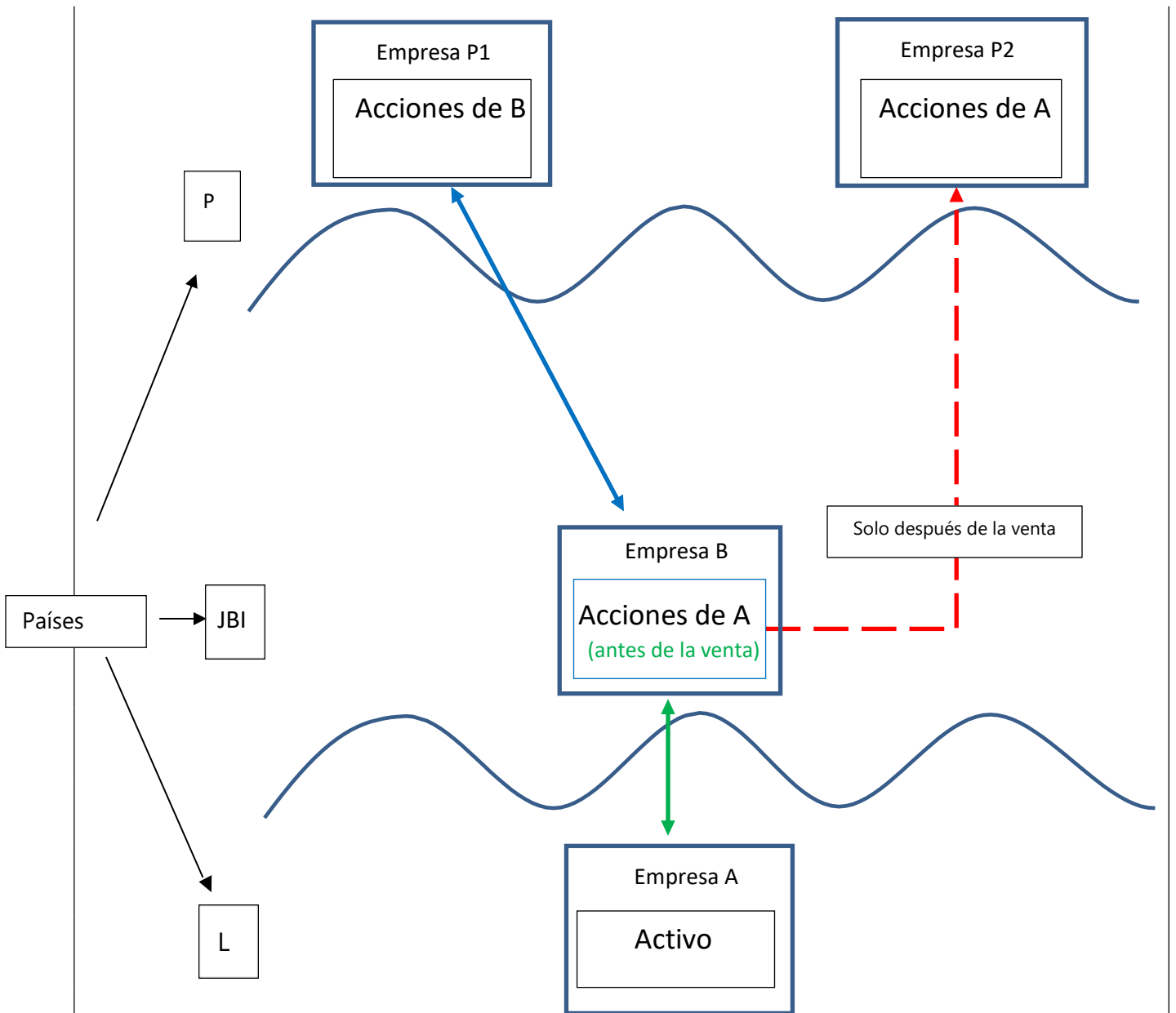
Las transferencias pueden ser “directas” o “indirectas”:

- **Una transferencia *directa*** implica la enajenación⁶ de un derecho de participación directa en un activo, en su totalidad o en parte.
- **Una transferencia *indirecta*** implica la enajenación de un derecho de participación indirecta en un activo, en su totalidad o en parte. Lo que se transfiere *indirectamente* es el activo subyacente⁷.

⁶ Las ventas también incluyen las ventas en cuotas y aquellas sujetas a “regalías especiales”; en ambos casos, se efectúa una serie de pagos al vendedor (transferente) después de que se lleva a cabo la transferencia. Véase Burns, Le Leuch y Sunley (2016).

⁷ Por ejemplo, una transferencia directa de acciones de una empresa que posee un bien inmueble es una transferencia indirecta de ese bien inmueble subyacente.

Gráfico 1: Ejemplo simplificado de la estructura de una TIT



Nota: En esta transacción, la empresa B, que se encuentra ubicada en *JBI*, vende sus acciones en la empresa A a la empresa P2, que se encuentra ubicada en *P*. Esta es una transferencia directa de las acciones en A, y una transferencia indirecta del activo de propiedad de la empresa A que se encuentra ubicado en el país *L*. Desde luego es posible, e incluso habitual, que existan patrones más complejos. Podría ocurrir, por ejemplo, que la empresa B sea enajenada por una empresa C (no se muestra) que mediara entre las empresas B y P1; esto sería una transferencia indirecta de las acciones de B y los activos subyacentes de A.

En los tratados tributarios generalmente se establece una distinción entre dos clases de activos:

- **Activos inmuebles:** La definición de este término es una cuestión atinente al derecho interno, que puede o no ser modificada por los tratados tributarios de los cuales el país sea parte y a efectos de estos. Según la norma básica establecida en los modelos de convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas, el término “bienes inmuebles” tiene el significado que le atribuye el derecho interno (tributario o de otro tipo) del Estado contratante en que esté situada la propiedad en cuestión⁸. Generalmente comprende tierras, edificios y estructuras, como también los derechos relacionados con tales bienes (que pueden incluir derechos agrícolas, forestales y minerales)⁹. Como se analiza más adelante, la definición de activos inmuebles *podría* incluir también las licencias para suministrar productos o servicios específicos (por ejemplo, telecomunicaciones) para lugares geográficos especificados, aunque esto no es común.
- **Activos muebles:** A efectos de este informe, este término significa cualquier activo que no esté clasificado como inmueble. Esto puede incluir no solo otros bienes físicos, sino también bienes intangibles (por ejemplo, propiedad intelectual o fondo de comercio/goodwill) y activos financieros (por ejemplo, acciones o bonos).

Según las disposiciones existentes, tanto en lo que respecta a tratados como a legislación interna, la ubicación del activo y la residencia de la parte enajenante (el “transferente”) desempeñan un papel importante para determinar qué jurisdicción tributaria (o jurisdicciones) puede reclamar el derecho a gravar las transferencias. Las disposiciones de las leyes fiscales de los diversos países son muy diferentes en este sentido. Para mayor claridad del análisis de las complejidades de las transferencias indirectas, se definen los siguientes términos¹⁰:

- **Las transferencias transnacionales** son aquellas en las que el transferente es residente, para propósitos tributarios, de un país diferente del país en el que se encuentra ubicado el activo en cuestión, y el transferente no tiene un *establecimiento permanente* en el país en el que se encuentra ubicado el activo en cuestión.
- **Las transferencias nacionales** son todas las demás transferencias.

⁸ La definición de “bienes inmuebles” en los modelos de convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas es la siguiente: “La expresión ‘bienes inmuebles’ se entenderá en el mismo sentido que tenga con arreglo a la legislación del Estado contratante en que los bienes estén situados. Dicha expresión comprenderá, en todo caso, los accesorios, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que se apliquen las disposiciones de derecho privado relativas a la propiedad territorial, el usufructo de bienes inmuebles y los derechos a percibir cánones variables o fijos por la explotación o la concesión de explotación de yacimientos minerales, fuentes u otras riquezas del suelo [...]”.

⁹ La definición de “bienes inmuebles” se establece en el artículo 6 de los modelos de tratados.

¹⁰ En la legislación interna de los distintos países, estos términos pueden tener significados diferentes de los que se utilizan en el presente documento.

Estructuración de las transacciones

Las inversiones transfronterizas realizadas por personas o grupos de empresas pueden entrañar a menudo estructuras de propiedad complejas, en las que intervienen más de dos jurisdicciones. La existencia de esas complejas estructuras de propiedad crea una interacción entre las leyes tributarias de diferentes jurisdicciones, así como una interacción de las leyes internas de esas múltiples jurisdicciones con los diversos tratados tributarios entre las jurisdicciones que participan en esas estructuras. Esas interacciones entre las leyes y los tratados tributarios concertados por diversas jurisdicciones pueden repercutir en la capacidad de los países para ejercer sus derechos fiscales. Debido a estas complejas interacciones, es posible que se produzcan resultados diversos, algunos de los cuales pueden dar lugar a una doble tributación para la que tal vez no haya alivio en virtud de las normas internacionales vigentes, mientras que otros pueden dar lugar a una doble no tributación.

Imaginemos, en el gráfico 1, que los propietarios de P1 desean realizar una ganancia de capital reflejando un aumento del valor del activo subyacente, y que los propietarios de P2 desean obtener el control de ese activo¹¹. Las normas fiscales de (al menos) cuatro países entran en juego para determinar el tratamiento fiscal de esta transacción (junto con los tratados vigentes, si los hubiera): el país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente (*L*), el país del que el vendedor es residente (*JBI*), el país del que la empresa matriz del vendedor (*P1*) es residente (*P*) y el país del que el comprador (*P2*) es residente. Desde luego, pueden surgir casos más complejos¹², pero este ejemplo (relativamente) sencillo refleja las preocupaciones principales.

Una forma de realizar la ganancia sería que P1 coordine una venta directa del activo efectuada por la empresa A. Por lo general, esto genera una obligación tributaria para la empresa A en el país *L*, dado que es una transferencia interna directa (o transferencia directa nacional). Y, por lo general, en un caso tan simple de transferencia de activo, la base del activo se ajustaría para reflejar el precio de compra.

Por el contrario, la estrategia tributaria eficaz para P1 sería, en ese caso, procurar que la venta sea efectuada indirectamente por una entidad residente en un país (*JBI*) que aplique a las ganancias de capital una tasa tributaria cero o baja¹³. En el gráfico 1, esto se muestra como la venta efectuada por la empresa B (residente de *JBI*, país que aplica impuestos bajos) a la

¹¹ Asumimos en todo momento, salvo cuando se indique lo contrario, que comprador y vendedor no están relacionados, por lo que dejamos a un lado las cuestiones relacionadas con los precios de transferencia.

¹² Puede haber muchas más empresas que medien en la cadena de entidades, entre A y B, y es posible que el título de propiedad realmente se pueda transmitir en un quinto país.

¹³ Las complejas estructuras de propiedad modernas no están necesariamente, ni principalmente, diseñadas para la reducción de los impuestos. Por el contrario, suelen basarse en consideraciones comerciales. Sin embargo, estos asuntos no se excluyen mutuamente; en los casos en los que las consideraciones empresariales requieren formas de propiedad compleja e indirecta, cabe suponer que dichas estructuras están diseñadas para lograr la mayor eficiencia tributaria posible.

empresa *P2* (residente, para propósitos tributarios, del país *P*) de sus acciones en la empresa *A*. Cualquier ventaja fiscal que se obtenga al eliminar el impuesto que, de lo contrario, debería pagarse en el país *L* puede contrarrestarse posteriormente mediante la tributación en virtud de las normas fiscales del país de la empresa matriz del vendedor, el país *P*. Pero otras medidas que no sean la tributación inmediata en *P* podrían no neutralizar de manera sustancial la ventaja tributaria de vender el activo indirectamente en *JBI*, en lugar de venderlo de forma directa en el país *L*.

La transacción también tiene consecuencias fiscales para el comprador, *P2*, dado que el monto pagado por las acciones¹⁴ de la empresa *A* se convierte en la *base tributaria* con relación a la cual se calcularán las ganancias (o pérdidas)¹⁵ de capital, si las hubiera, en una futura venta de esas acciones. Si se prevé que el valor del activo subyacente disminuya (como resultado de una verdadera depreciación económica, quizá debido a que el activo subyacente es un derecho con fecha de vencimiento), se espera una futura pérdida de capital, y el valor de esto para propósitos tributarios se maximizará situando la pérdida en una entidad ubicada en una jurisdicción que aplique impuestos altos (porque genera una deducción sin un cargo que la contrarreste). Si, por el contrario, se prevé que el valor del activo subyacente aumente, la estrategia para minimizar la carga tributaria consiste en situar la empresa que adquiere la empresa *A* en una jurisdicción que aplique impuestos bajos.

Los residentes del país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente pueden utilizar esta estructura para la ida y vuelta de fondos (*round-tripping*)¹⁶. Dado que la misma lógica se aplica cuando el país en el que el propietario último reside (*P*) es el mismo que el país en el que se encuentra ubicado el activo (*L*), el impuesto a las ganancias de capital que debería pagarse en una venta nacional en *L* puede evitarse —en las circunstancias que se suponen en el gráfico 1— realizando la venta en forma indirecta en el extranjero¹⁷. Sin embargo, cualquier beneficio fiscal derivado de esto se denegaría si el país *L* exige a sus residentes impuestos a las ganancias de capital realizadas por entidades no residentes controladas, salvo que dicha ganancia se oculte de manera ilegal a las autoridades tributarias de *L*.

¹⁴ El adquirente podría preferir adquirir el activo directamente, ya que los bienes inmuebles por lo general cumplen los requisitos para recibir descuentos por depreciación y, por ende, en muchos casos, producen deducciones antes que la base en acciones que se puede descontar de ganancias futuras.

¹⁵ Estas pérdidas pueden ser útiles para contrarrestar las ganancias en otros activos, lo que no reviste menor importancia.

¹⁶ Kane (2018) hace hincapié en la importancia que podría tener esto en relación con las transferencias indirectas.

¹⁷ Esto ha sido un motivo de inquietud, por ejemplo, con respecto al tratado entre India y Mauricio, en virtud del cual las ganancias realizadas en este último procedentes de transferencias de entidades de India no están sujetas a tributación. Generalmente se considera que este es uno de los motivos por los que alrededor del 25 % de las inversiones extranjeras directas en India de los últimos años se ha realizado a través de Mauricio (FMI, Encuesta Coordinada sobre la Inversión Directa, 2010-15), aunque no se sabe a ciencia cierta qué parte de estas inversiones corresponde a la ida y vuelta de fondos. En mayo de 2016, se firmó un protocolo para enmendar el tratado. El nuevo artículo 13 permite que las ganancias de capital procedentes de la enajenación de acciones de una empresa residente de un Estado contratante estén sujetas a tributación en ese Estado. Las acciones adquiridas con anterioridad al 1 de abril de 2017 continuarán estando exentas de dicho impuesto.

Este es un ejemplo muy simplificado: como se detalla a continuación, el tratamiento fiscal de las transferencias indirectas dependerá, en la práctica, de las disposiciones de la legislación interna de los países involucrados y de los tratados tributarios que existan entre ellos (que pueden, por ejemplo, permitir que el país *L* grave la venta realizada por la empresa B). No obstante, muchas transferencias indirectas, en la práctica, están estructuradas de modo tal que entran en juego las características que se suponen en el ejemplo del gráfico 1.

B. Repercusiones en los ingresos

Los problemas inherentes a las ganancias a la hora de considerar las TIT son complejos y pueden ser bastante específicos según cada caso en particular. Tal como sucede a lo largo de este informe, la intención aquí no es brindar una descripción enciclopédica de todas las posibilidades, sino sacar a la luz las principales consideraciones en cuestión. A modo de información general para este análisis y posteriores, en el recuadro 1 se analiza la naturaleza general de las ganancias de capital y cómo se generan.

Recuadro 1: Fuentes de las ganancias de capital

Las ganancias de capital se derivan, en gran parte, de los cambios —entre la compra inicial y la venta— en los pagos futuros después de la deducción de impuestos que se prevén para el propietario del activo^{/1}. Ambos aspectos de esta situación son importantes:

- Si bien las ganancias de capital en determinadas ocasiones pueden ser muy previsibles^{/2}, en los casos a los que se refiere principalmente este informe, dichas ganancias, en general, se derivan de cambios imprevistos en las distribuciones netas futuras, tal vez como resultado de un descubrimiento de recursos o un aumento en los precios de los productos básicos, los que, a su vez, habitualmente son cambios en las *rentas de un lugar específico*, concepto que se analiza en detalle más adelante.
- Dado que cabe prever que el valor que un titular real o potencial le asigna a un activo tenga en cuenta los futuros impuestos a las sociedades, retenciones u otros impuestos que se adeuden (incluido el impuesto a las ganancias de capital sobre ventas futuras), el impuesto a las ganancias de capital alcanza a ingresos que no están gravados por estos otros instrumentos. Desde cierta perspectiva, es una forma de doble tributación.

^{/1} De forma más precisa, si se considera que el precio de un activo es el valor actual de las distribuciones netas previstas para el propietario, la ganancia de capital procedente de un activo adquirido en la fecha 0 y vendido en la fecha F es el monto por el cual el valor actual neto de las distribuciones subsiguientes a F previstas en la fecha F supera el previsto en la fecha 0, estando este último actualizado a la fecha 0 menos las distribuciones netas previstas en la fecha 0 entre esa fecha y la fecha F. (Desde luego, esto es una simplificación de complejas cuestiones relativas a la valoración: los posibles inversionistas podrían tener diferentes expectativas, por ejemplo, o bien podrían enfrentar tratamientos fiscales distintos de las distribuciones).

^{/2} Por ejemplo, el valor de un activo que procede de un pago determinado en una fecha fija en el futuro aumentará, por tal motivo, a medida que esa fecha se aproxime.

Efectos en los ingresos de la transferencia propiamente dicha

Consideremos las dos posibilidades generales que tiene el propietario de un activo subyacente sobre el cual se ha devengado una ganancia de capital para la realización de

dicha ganancia:

- **Una transferencia directa del activo subyacente**, que estará sujeto al pago del impuesto en el país *L*. Dentro de esta opción, se puede optar por vender el activo ahora o en el futuro; en este último caso, el contribuyente tiene la ventaja de diferir la obligación sobre dicha ganancia.
- **Una transferencia indirecta**, mediante la venta de una entidad propietaria del activo subyacente. El comprador, suponemos a efectos de este análisis comparativo, con el tiempo venderá el activo subyacente¹⁸ (o este expirará con un valor nulo).

En estas circunstancias —y suponiendo una tasa impositiva constante—, el valor nominal de los ingresos tributarios en el país *L*, acumulado en el tiempo, es independiente de la manera en que se transfiera el activo subyacente. En todos los casos, el activo subyacente finalmente se vende, y las ganancias devengadas generan los ingresos correspondientes. (Desde luego, puede haber más cambios en el valor del activo subyacente, pero éstos simplemente implican más cargas —o pérdidas— que se deben combinar con esa ganancia acumulada inicial. Si el activo expira con valor cero, por ejemplo, hay una pérdida de capital futura que compensa la ganancia acumulada en el momento de la venta)¹⁹.

Por ende, si bien los problemas inherentes a las ganancias para el país *L* están relacionados con el tiempo, en lugar de con la naturaleza directa u otros factores inherentes a la transacción, la importancia de la cuestión puede ser muy considerable. Cuanto más tiempo se posponga la venta del activo subyacente, menores serán los ingresos del país *L* en valor actualizado. Este efecto del tiempo es una consideración que reviste cierta importancia para los Gobiernos de los países de ingreso más bajo que enfrentan limitaciones de su capacidad de endeudamiento. Con un interés del 6 %, por ejemplo, una demora de 10 años en recibir ingresos de USD 1000 millones reduce su valor actualizado en aproximadamente USD 450 millones.

Entonces, la pregunta que se plantea es si la naturaleza indirecta puede incrementar o no el atractivo, en términos de impuestos, de la venta diferida del activo subyacente. En general, ¿la tributación distorsiona la posibilidad que el propietario inicial tiene de elegir entre la venta directa en la actualidad del activo subyacente, por un lado, y la venta indirecta en la actualidad con la venta directa diferida del activo subyacente (por parte del comprador), por el otro? En el apéndice B se analiza este tema. En esta simplificación, la conclusión es que la posibilidad de distorsión genera una comparación entre las tasas con las que se gravará la ganancia realizada sobre la venta indirecta de una entidad y, suponiendo que la venta se financie mediante un empréstito, la tasa con la que el comprador puede deducir ingreso por intereses. Si las dos tasas son iguales, entonces el propietario inicial obtiene exactamente la misma cantidad

¹⁸ Supongamos, por ejemplo, que un activo adquirido por 10 tiene hoy un valor de 30 y tendrá, a partir de mañana, un valor de 25. Una venta directa lleva entonces a una base tributaria hoy, en el país *L*, de 20, y de -5 en cualquier venta futura, es decir, una base acumulativa de 15. Una transferencia indirecta hoy en día puede crear un pasivo en el país *L*, pero la eventual venta del activo en sí produce una base imponible de $25 - 10 = 15$. Suponiendo una tasa impositiva invariable, los ingresos acumulados en *L* son los mismos en los dos casos.

¹⁹ Si ese no es el caso, la comparación con la venta directa es irrelevante.

con las dos opciones de venta: los beneficios fiscales de la venta diferida del activo subyacente se reflejan en el precio que el comprador de las acciones está dispuesto a pagar, y este es mayor debido a la posibilidad de deducir el interés pagado sobre la deuda en la que se incurrió para realizar la compra; pero dichos aumentos inducidos por los impuestos en el precio al que se puede vender la entidad acrecientan la obligación del propietario inicial con respecto al impuesto a las ganancias de capital sobre la transferencia de acciones. Si estas dos tasas tributarias son iguales, los beneficios de la postergación se neutralizan de manera total mediante el impuesto a las ganancias de capital sobre la transferencia de acciones. Sin embargo, si la tasa del impuesto sobre la transacción con acciones es baja en relación con la tasa a la que se deducen intereses (un caso plausible), entonces la opción indirecta, con la venta diferida del activo subyacente, es la opción tributaria más conveniente para el propietario inicial.

Si bien los problemas inherentes a las ganancias para el país en el que se encuentran los activos están esencialmente relacionados con el tiempo, resulta razonable llegar a la conclusión de que las transferencias indirectas realizadas en jurisdicciones de bajo nivel impositivo pueden generar el efecto de ampliar las distorsiones impositivas con respecto a la venta diferida del activo subyacente.

Efectos en los pagos de otros impuestos

Dado que la empresa A sigue siendo residente del país L, la transferencia no tiene un impacto directo en los ingresos futuros del impuesto sobre la renta de las sociedades del país L²⁰ (o, en el caso de las industrias extractivas, en las regalías o los impuestos sobre la renta) procedentes de A. (Puede haber efectos indirectos derivados de los cambios en las operaciones comerciales y financieras de A como resultado de los cambios en su propiedad final, pero tales efectos no se tienen en cuenta en este análisis).

Es probable que lo mismo suceda, en la práctica, con los ingresos de L procedentes de retenciones tributarias posteriores a la venta sobre dividendos, intereses u otros pagos efectuados por la empresa A a su nuevo propietario directo. En el gráfico 1, el nuevo propietario directo de A, P2, reside en un país distinto del propietario directo inicial de B. En ese caso, pueden aplicarse diferentes tipos de retención fiscal, con los consiguientes efectos en los ingresos del país L. Sin embargo, en la práctica parece ser más común que la transferencia adopte la forma de venta de B por una empresa interpuesta entre B y la empresa matriz inicial P1. En este caso, la empresa B continúa siendo la propietaria directa de A, y, por lo tanto, no se modifican las retenciones tributarias que se deben pagar²¹.

²⁰ Es decir, a menos que la venta genere un aumento de la base y el activo sea amortizable (como sucedería, por lo general, en el marco del modelo 1).

²¹ Podría parecer que la realización de ganancias de capital sujetas a un impuesto bajo es una forma de evitar la retención fiscal en el caso de las distribuciones de ganancias retenidas acumuladas previamente (sobre las cuales, al no estar distribuidas, no se ha recaudado ninguna retención sobre los dividendos). Sin embargo, cabe suponer que esas ganancias retenidas tienen valor para el comprador, en la medida en que puedan, en algún momento, pagarse como dividendos, y, cuando esto ocurra, se aplicará la retención fiscal. El capital colocado en la empresa A se encuentra, en cierto sentido, atrapado, ya que los futuros dividendos que en definitiva le dan valor, aunque procedan de retenciones anteriores, estarán sujetos a retención cuando se paguen. Para obtener más información sobre esta idea de "capital atrapado", véase, por ejemplo, Auerbach (2002).

Contribuyente pertinente y capacidad de pago de impuestos

Otra consideración pertinente en materia administrativa y de política tributaria es la perspectiva de los contribuyentes que obtienen los ingresos y su capacidad de pago de impuestos. Toda decisión normativa de aplicar o no un impuesto a un contribuyente con respecto a los ingresos derivados de sus actividades de venta o explotación activa de los activos puede tener que ser examinada cuidadosamente también desde la perspectiva del principio de igualdad y capacidad de pago de impuestos.

El vendedor que obtiene la ganancia de capital está enajenando el activo, incluidos los posibles beneficios económicos futuros conexos. La ganancia de capital es el exceso de ingresos obtenidos por la enajenación del activo en comparación con la inversión inicial del vendedor. Por consiguiente, el vendedor obtiene ingresos superiores a sus gastos, mientras que el comprador incurre en un gasto al adquirir el activo del que espera lograr beneficios económicos futuros superiores al precio de adquisición. Tanto el vendedor como el comprador son contribuyentes potenciales en lo que respecta a los ingresos que obtienen por sus actividades y acciones. El vendedor, por una parte, es claramente el contribuyente que obtiene ingresos por la enajenación del activo y, sobre la base del principio de la capacidad de pago, es el vendedor quien está en condiciones de pagar el impuesto sobre estos ingresos. Por otra parte, el comprador ha incurrido en un gasto y solo puede obtener ingresos de la futura explotación de ese activo, suponiendo que las circunstancias externas y su capacidad para explotar el activo de manera eficaz den lugar a que éste genere ingresos superiores a los gastos realizados. Así pues, el comprador puede estar en condiciones de pagar el impuesto sobre los futuros ingresos generados por el activo. Tanto el vendedor como el comprador son contribuyentes diferenciados, con diversas capacidades potenciales de pago de impuestos en distintos momentos.

C. Asignación de potestades tributarias sobre las TIT: Consideraciones sobre equidad y eficiencia

Una pregunta determinante es si el país en el que se encuentra ubicado el activo debe tener la potestad tributaria principal sobre la TIT y, de ser así, a qué activos precisamente debe aplicarse dicha potestad. Al plantear este interrogante, el análisis va más allá de la posibilidad de gravar las transferencias indirectas exclusivamente como un método complementario para impedir la elusión fiscal y establece consideraciones clave a la hora de decidir una asignación apropiada de la potestad tributaria sobre las ganancias realizadas de forma indirecta procedentes de activos internos²².

Desde el punto de vista del principio económico, varias cuestiones (interrelacionadas)

²² Los países en los que se encuentran los activos pueden, luego de lograr potestades tributarias sobre dichas transferencias, optar por no ejercer la potestad, o no hacerlo por completo para fomentar su entorno comercial, de la misma manera en que muchos países deciden otorgar exoneraciones temporales y exenciones con la esperanza de atraer inversiones extranjeras. La efectividad o necesidad de dichos incentivos se aborda en una guía práctica anterior de la PCT (*Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*, 2015). En cualquiera de los casos, los países no pueden realizar dicha elección si primero no cuentan con la potestad subyacente.

entran en juego, sin tener en cuenta, por el momento, las prácticas actuales y los conceptos jurídicos que se analizan más adelante. Entre ellas figuran: la **equidad entre las naciones**, para garantizar que la asignación de ingresos cumpla con un cierto concepto de equidad entre los países, y la **eficiencia**, para asegurarse de que los activos se utilicen de la manera más productiva. Las consideraciones de economía política también tienen un importante papel que desempeñar en la práctica; de hecho, dado el alto perfil de muchos casos relativos a las TIT, han impulsado numerosos acontecimientos recientes en esta esfera, pero aquí no se insiste en ello. Más allá de algunas cuestiones básicas de viabilidad, los temas relativos a la implementación (garantizar que el impuesto se recaude a un costo razonable tanto para las administraciones fiscales como para los contribuyentes) se tratan más adelante, en la sección V.

Equidad entre las naciones

Existen diversas opiniones con respecto a lo que significa la “equidad” en la asignación de las potestades tributarias entre los países, pero tres normas vigentes permiten vislumbrar la posibilidad de lograr consenso en relación con la potestad para gravar las TIT del país en el que se encuentran los activos:

- Las ganancias de capital derivadas de transferencias directas nacionales de activos tangibles están sujetas a tributación en el país en el que se encuentra el activo (aunque el vendedor y, probablemente, también el comprador, tal vez no sean residentes).
- Los dividendos recibidos por una empresa matriz en el extranjero pueden estar sujetos a tributación mediante la retención realizada por el país del que la empresa pagadora es residente²³.
- Generalmente se acepta —como se refleja en los modelos de tratados que se analizan más adelante— que el país en el que se encuentra ubicado el activo “inmueble” tiene derecho, si opta por hacerlo, a gravar las ganancias que reflejen aumentos del valor de ese activo, aunque no todos los países lo hacen.

La primera norma se basa en la idea de que el país en el que se encuentra un activo debería tener derecho a gravar las ganancias relacionadas con dicho activo, al menos en la medida en que tales ganancias no sean atribuibles a un aumento del valor provisto desde el extranjero (por ejemplo, un depósito de recursos naturales tiene escaso valor hasta que se lo “descubre”). Sin embargo, establecer el alcance de dicha contribución podría, desde luego, resultar problemático (este punto se aborda más adelante).

La segunda norma sugiere que, dado que se acepta el derecho a gravar la rentabilidad de los inversionistas extranjeros en forma de dividendos de una fuente nacional, también debería existir el derecho de exigir a tales inversionistas el pago de impuestos sobre la rentabilidad en forma de ganancias de capital relacionadas con una fuente nacional. Uno

²³ Excepto, por ejemplo, según la Directiva sobre Matrices y Filiales dentro de la Unión Europea (en el presente informe no se tratan las cuestiones específicas internas de la Unión Europea) o según la legislación interna o las disposiciones de tratados en otros países.

de los argumentos en contra es que el precio del activo (y, por ende, la ganancia) refleja ingresos acumulados no distribuidos y futuros previstos después de la deducción de impuestos, que el país en el que se encuentra ubicado el activo podría haber gravado en el pasado y podría gravar en el futuro a través del impuesto sobre la renta de las sociedades y otros impuestos (por ejemplo, los impuestos sobre la renta en las industrias extractivas). Es decir, la ganancia refleja los beneficios que el país en el que se encuentra ubicado el activo ha elegido, en cierto sentido, simplemente no gravar con impuestos; por lo tanto, casi tautológicamente, no hay motivo de preocupación si esas ganancias no están gravadas. Pero este contraargumento no es totalmente convincente, en especial en el caso de países de baja capacidad. Las tasas del impuesto sobre los dividendos pueden estar limitadas por los tratados tributarios, aunque esto también podría interpretarse simplemente como otra forma en la que el país *L* ha decidido no gravar las ganancias futuras. Un razonamiento quizá más persuasivo (que se aborda más adelante) es que el aprovechamiento de las oportunidades para eludir impuestos podría reducir el poder efectivo del país en el que se encuentran ubicados los activos subyacentes para gravar las ganancias a medida que se produzcan. En el límite, para un país que no puede gravar de forma efectiva las ganancias de la entidad adquirida o los dividendos pagados a una empresa matriz extranjera, gravar la ganancia procedente de las transferencias de activos, directas o indirectas, podría ser la posibilidad más segura de aumentar los ingresos derivados de las ganancias conexas.

La tercera norma destaca la importancia del concepto de “inamovilidad” y plantea el interrogante de por qué debería ser relevante para propósitos tributarios si un activo es “mueble” o no. La distinción no resulta fácil para los economistas, quienes simplemente ven los activos como cosas que tienen valor por su potencial de generar ingresos, y no diferencian a los bienes intangibles como patentes o marcas de, por ejemplo, los recursos naturales. Al parecer, existen tres posibles justificaciones, relacionadas pero distintas, de la importancia que se asigna a esta distinción:

- ***Desde el punto de vista pragmático, la inamovilidad facilita la recaudación del impuesto,*** ya que se puede embargar el activo en caso de incumplimiento de pago, sin riesgo de que huya al extranjero.
- ***La inamovilidad de un activo puede implicar que su valor refleja, en cierta medida, su ubicación.*** Ese valor puede reflejar, más precisamente, las *rentas de un lugar específico*, es decir, ingresos que exceden la rentabilidad mínima “normal” que el inversionista exige (“rentas”) y que están relacionados exclusivamente con un lugar en particular. Las rentas de un lugar específico son, en esencia, el objeto ideal para la tributación, porque pueden gravarse (hasta el 100 %, en principio) sin causar ni la reubicación ni el cese de actividades u otras distorsiones, y, por ende, brindan una base tributaria totalmente eficiente. Si bien este es un argumento basado en la eficiencia y que no responde de forma directa el interrogante de qué Gobierno debería recibir los ingresos, en la práctica también se reconoce ampliamente, aunque en general de manera implícita, que es apropiado que los ingresos derivados de impuestos a lo que evidentemente son rentas de un lugar específico se otorguen al Gobierno del lugar en cuestión. Los ejemplos más claros de tales activos a menudo se consideran de propiedad colectiva de la

nación (y en el caso de los recursos, por lo general lo son).

La mejor forma de gravar estas rentas es mediante un impuesto diseñado explícitamente para ese fin; en efecto, existe amplia experiencia con diversos “impuestos sobre las rentas”, incluso, por ejemplo, en las industrias extractivas²⁴. Sin embargo, estos impuestos no son invulnerables a las transferencias de beneficios de distintas clases, en especial en los países de ingreso más bajo²⁵.

Por lo tanto, cuando se producen transferencias de derechos de participación, la capacidad de gravar las ganancias de capital derivadas de los cambios en el valor de tales rentas puede ser un respaldo útil si la aplicación de tales impuestos es imperfecta, aunque claramente inferior a la capacidad de gravarlas de forma efectiva a medida que se acumulan.

- **Una tercera justificación del derecho de gravar las ganancias derivadas de bienes inmuebles locales se basa en la teoría del beneficio de la tributación**, es decir, que los impuestos son, en esencia, pagos por los servicios públicos que brinda el Gobierno y que ayudan a mantener el valor de los factores económicos locales, incluidos los bienes inmuebles locales. Este argumento también suele usarse como fundamento para los mismos impuestos a empresas, y no es especialmente convincente con respecto a que las ganancias (o los beneficios) puedan ser un valor representativo deficiente para los beneficios recibidos.

En términos económicos, el concepto de “inamovilidad” podría considerarse de manera más significativa como la representación de posibles rentas de un lugar específico, lo que influye en la forma en que se debería definir el término. Esta perspectiva plantea una definición expansiva de “inamovilidad” que puede captar, al menos, las fuentes más probables de rentas importantes de un lugar específico. Aun así, es más fácil decirlo que hacerlo: el concepto de “rentas de un lugar específico” no se ha desarrollado lo suficiente como para expresarlo fácilmente en el lenguaje legislativo. No obstante, si bien las rentas de un lugar específico pueden ser difíciles de identificar en general, en algunos casos son bastante claras. A menudo, están relacionadas con derechos creados por los Gobiernos, en su mayoría, en las industrias extractivas y de telecomunicaciones. Muchos de los casos que suscitan preocupación en relación con las transferencias indirectas giran en torno a derechos que están explícitamente vinculados con lugares particulares, y cuyo valor se hace visible mediante la transferencia propiamente dicha²⁶. Las rentas de un lugar específico también pueden surgir, por ejemplo, a partir del acceso a mercados nacionales, pero esto puede ser difícil de medir y distinguir de las rentas vinculadas

²⁴ Véanse, por ejemplo, varias de las contribuciones en Daniel y otros (2010).

²⁵ Véase, por ejemplo, Beer y Loeprick (2017), quienes observan una alta incidencia de transferencias de beneficios en el sector, con indicios de que los países en desarrollo son especialmente vulnerables. Para obtener evidencia sobre esta mayor vulnerabilidad a las transferencias de beneficios de manera más general, véase Crivelli, de Mooij y Keen (2016).

²⁶ Esto se pone de manifiesto, en cierta medida, en las respuestas nacionales a los casos de transferencias indirectas, que no se han centrado en reducir los impuestos nacionales de las transferencias directas (como cabría esperar que ocurriera si el activo subyacente no tuviera el valor de un lugar específico), sino en ampliar las potestades tributarias. Es decir, sin la existencia de rentas de un lugar específico, cabría esperar que la tributación baja de las transferencias indirectas estimulara una competencia tributaria más intensa en el tratamiento de las ganancias derivadas de las transferencias, y no lo contrario, como parece ser el caso.

con marcas o derechos de propiedad intelectual. Y, desde luego, el hecho de que una empresa sea residente para propósitos tributarios de un país no implica que su valor derive fundamentalmente de las rentas que surjan de un lugar específico de ese país.

Lo que estas consideraciones sugieren es que cualquier definición de “inamovilidad” que se base en una lista positiva debería anticipar, en la medida de lo posible, las probables fuentes de rentas significativas de un lugar específico; existen señales de que, aunque no se exprese en tales términos, esto sucede cada vez con más frecuencia. En la definición, es cada vez más común que se incluya, por ejemplo, no solo el derecho a extraer recursos naturales, sino también la gama completa de licencias que podrían estar relacionadas con su descubrimiento y desarrollo.

Existen dos argumentos que refutan este énfasis en la tributación del país en el que se encuentran los activos:

- ***Toda ganancia refleja ingresos subyacentes que el país en el que se encuentran los activos ha decidido no gravar.*** Sin embargo, puede ser que el cargo a las ganancias de capital sea el método preferido del país para gravar esos ingresos, o incluso, en el caso de algunos países en desarrollo, que al momento de elaborar la ley y firmar tratados, las autoridades simplemente no estaban concentradas en este asunto o no estaban al tanto de él. De lo contrario, se corre el riesgo de no gravar esos ingresos futuros (como se indicó anteriormente), ya sea por razones de tiempo o debido a las imperfecciones de otros instrumentos tributarios, sobre todo en los países en desarrollo. Esto hace que los impuestos a las ganancias sean un instrumento adicional valioso, aunque muy imperfecto.

A pesar de ello, se debe reconocer que los países pueden optar de manera afirmativa, tal como algunos ya lo han hecho, por no gravar las ganancias derivadas de las transferencias indirectas, incluso en los casos en que podrían hacerlo²⁷. Por ejemplo, esto podría considerarse, acertadamente o no, como una forma de atraer inversiones extranjeras.

- ***El aumento del valor de la entidad vendida puede reflejar, en parte, los conocimientos sobre gestión y otros conocimientos especializados aportados por el vendedor, más allá de lo que se haya recuperado en concepto de honorarios por gestión, regalías y otros pagos explícitos.*** Esto indica que las ganancias podrían gravarse debidamente en el lugar donde reside el vendedor (para garantizar, en términos de eficiencia, que la decisión del vendedor sobre el país en el que elige llevar a cabo tales actividades que agregan valor no se vea afectada por el sistema tributario). En efecto, puede haber rentas de empresas específicas y rentas de lugares específicos en juego, y podría argumentarse que estas últimas se gravan naturalmente donde la empresa es residente²⁸. Sin embargo, los numerosos países donde existen

²⁷ Estados Unidos, por ejemplo, limita el alcance de la Ley de Impuestos sobre la Inversión Extranjera en Bienes Raíces (FIRPTA) a las transferencias que se realizan tanto de manera directa como en el primer nivel de propiedad del activo. Noruega ha rechazado la opción de gravar dichas transferencias en el ámbito de los recursos.

²⁸ En este informe, no se tratan las cuestiones relacionadas con la importancia de la residencia de las empresas como base para la tributación, habida cuenta de la creciente desvinculación entre dicha residencia y la residencia de los accionistas finales.

sistemas de exención de dividendos no han manifestado interés en hacerlo. En general, la validez de este argumento depende de las circunstancias del caso, y resulta menos plausible cuando la entidad vendedora tiene pocas funciones sustanciales. Asimismo, la posibilidad de estructurar las transferencias indirectas implica que no puede presumirse que la jurisdicción en la que se realizan las ganancias es aquella en la que se proporcionaron, en definitiva, los conocimientos especializados o el financiamiento subyacentes. De hecho, puede alegarse que toda contribución de ese tipo realizada por el vendedor no residente o cualquier otra entidad afiliada en beneficio de la entidad separada, que es propietaria del activo subyacente pertinente en una jurisdicción extranjera, ha de ser compensada por esa contribución en forma de honorarios de gestión, regalías y otros pagos efectuados en condiciones de plena competencia. Cabría considerar entonces alguna forma de prueba de sustancia, aunque esto, como siempre, conlleva el riesgo de crear sus propias distorsiones y provocar que los recursos se asignen simplemente para cumplir con los requisitos de dicha prueba, y no por motivos vinculados con la productividad.

El peso del argumento crea un sólido fundamento de equidad a favor de la presunta primacía de las potestades tributarias del país de la fuente en relación con las ganancias procedentes de activos inmuebles, cuya definición se aplica a fuentes de rentas de un lugar específico.

Eficiencia

Un principio general del diseño tributario adecuado es que, en la medida de lo posible, el sistema tributario no debe distorsionar las decisiones de los inversionistas: salvo que haya buenas razones para hacerlo, la tributación no debería llevar a las empresas a cambiar sus decisiones comerciales²⁹. Esto se debe a que, a menos que haya buenos motivos para suponer que esas decisiones comerciales son, por lo demás, inapropiadas, cualquiera de estos cambios implica que los recursos se utilizan de formas que son ineficientes desde el punto de vista social, pero son rentables en el ámbito privado únicamente debido a la tributación³⁰.

Si bien las consideraciones de eficiencia apuntan claramente a la tributación de rentas de diversas clases, las publicaciones disponibles sobre criterios de eficiencia en la tributación internacional ofrecen escasos aportes viables. La fórmula de que las rentas son un objeto eficiente de tributación es muy general. En cuanto a otras opciones de tributación (es decir, aquellas que podrían distorsionar las decisiones), existen numerosas publicaciones sobre su diseño eficiente en el ámbito internacional, con énfasis en los intereses colectivos más que en los

²⁹ Sin tener en cuenta las cuestiones transfronterizas de interés en este contexto, surgen generalmente varias "cuestiones no neutrales" en relación con los impuestos a las ganancias de capital (con respecto, por ejemplo, a las distorsiones que implica gravar las ganancias cuando se realizan y no cuando se acumulan). Estas cuestiones no se abordan en el análisis del presente documento.

³⁰ Cabe destacar que las consideraciones de eficiencia se relacionan solo con las normas tributarias aplicadas y, en esencia, no indican qué país debería recibir los ingresos conexos. Sin embargo, la distribución de los ingresos procedentes de transferencias indirectas parece una posibilidad lo suficientemente remota como para ignorarla en este informe.

nacionales. No obstante, estas publicaciones han generado escasas (o nulas) fórmulas normativas posibles y acordadas. Por ejemplo, si la preocupación radica en evitar distorsionar la forma en que las casas matrices optan por asignar sus contribuciones productivas entre diferentes países, entonces la tributación basada en la residencia es apropiada³¹ (dado que cualquiera que sea la opción más rentable antes de la deducción de impuestos también será la más rentable después de la deducción de impuestos). Pero si, por el contrario, la preocupación es garantizar el tratamiento equitativo dentro del país de todas las empresas potencialmente activas, sean o no residentes, se necesita una tributación basada en el país de la fuente³². La teoría ofrece escasa orientación sobre qué visión es la más adecuada desde una perspectiva colectiva³³. Sin embargo, hay dos aspectos que apuntan a importantes consideraciones de eficiencia en este contexto³⁴.

El principal argumento de eficiencia a favor de que el país en el que se encuentran ubicados los activos grave las transferencias indirectas y directas es como una forma de gravar las rentas de un lugar específico, aunque imperfectamente. La preferencia, en principio, pero las limitaciones, en la práctica, de los impuestos a las rentas explícitos se subrayaron anteriormente. Las subastas son otro posible instrumento para la extracción de rentas y se han utilizado profusamente, por ejemplo, para los derechos sobre el petróleo; sin embargo, pueden estar sujetas a los problemas relativos a la información asimétrica y los mercados poco activos (y rara vez se utilizan, por caso, en conexión con los minerales duros)³⁵. Sobre la base de la eficiencia y la equidad entre las naciones, gravar las ganancias puede ser un mecanismo complementario útil en los casos en que —como sucede en muchos países en desarrollo— otros métodos para gravar las rentas de un lugar específico son imperfectos.

Un requisito natural para lograr la neutralidad es que las transferencias directas e indirectas de activos se traten de forma idéntica para propósitos tributarios. Es decir, la transferencia de un activo o la transferencia de acciones cuyo valor procede de ese activo, en la medida en que representen la misma transferencia de propiedad, deberían (en igualdad de todos los factores restantes) atraer el mismo tratamiento fiscal. De lo contrario, habrá un incentivo para distorsionar

³¹ Se descarta aquí la posibilidad de cambiar el lugar de residencia corporativa.

³² Esto último se asemeja a la noción de “neutralidad en la propiedad del capital” que sostienen Desai y Hines (2013).

³³ Véase, por ejemplo, el apéndice VII de la publicación del FMI (2014).

³⁴ Existen otras dimensiones de neutralidad que, en principio, también deberían considerarse. Entre ellas se incluye, por ejemplo, el financiamiento de la entidad que opera el activo subyacente (la empresa A en el gráfico 1). En la medida en que los dividendos que paga se gravan con impuestos más altos que los que gravan las ganancias de capital en el momento de su venta, esto genera un incentivo fiscal para financiar las operaciones de esa entidad reteniendo las ganancias, y no inyectando nuevo capital, lo cual podría, por ejemplo, implicar el crecimiento más lento de sus operaciones (Sinn, 1991). Esto se mitigaría gravando los dividendos y las ganancias de capital a la misma tasa, lo que no significa necesariamente que ambos tipos de ingresos deberían ser gravados por el mismo país, ya que se logra con facilidad cuando el país en el que se encuentra ubicado el activo grava las ganancias tal como lo hace con los dividendos. De todas maneras, no está clara la importancia que reviste esta inquietud, en comparación, por ejemplo, con la acentuada preferencia tributaria por el financiamiento mediante deuda.

³⁵ Para obtener información sobre los impuestos a las rentas y las subastas en las industrias extractivas, véase Daniel, Keen y McPherson (2010).

las transacciones como resultado de las diferencias.

Dada la norma vigente —de que el país *L*, donde se encuentran ubicados los activos inmuebles, tiene el derecho a gravar las transferencias directas— es más probable que dicha neutralidad se logre mediante la tributación de las transferencias indirectas en el país *L*. En principio, la neutralidad en esta dimensión podría lograrse, en cambio, si el país en el que se encuentra ubicado el activo renuncia a todo derecho a gravar transferencias directas o indirectas, y este derecho se asigna al país del que el vendedor es residente. Sin embargo, no es probable que esto ocurra, y podría ser indeseable que sucediera, si esta es una fuente de ingresos menos distorsionadora para el país *L* que las alternativas disponibles. En consecuencia, la ruta más simple hacia la neutralidad es que el país en el que se encuentra ubicado el activo sea el que grave las transferencias indirectas.

Evaluación

No todos los argumentos apuntan en la misma dirección, pero, en conjunto, el análisis anterior sugiere que es apropiado que los países tengan derecho a gravar las ganancias de capital relacionadas con las transferencias de activos inmuebles ubicados en ellos, independientemente de que el transferente sea residente de dicho país o tenga una presencia gravable en él³⁶. En términos de equidad, esto refleja el derecho reconocido generalmente en relación con las transferencias directas; en términos de eficiencia, ofrece una vía para la tributación de las rentas de un lugar específico (muy imperfecta, pero posiblemente valiosa cuando los instrumentos preferidos no están disponibles o son deficientes) y fomenta la neutralidad entre las transferencias directas e indirectas. Un consenso generalizado acerca del alcance de dicho derecho, así como modelos de implementación bien desarrollados, ayudarían a evitar medidas descoordinadas que pongan en peligro el funcionamiento eficaz y consensuado del sistema tributario internacional y puedan dar lugar a incerteza tributaria.

No está claro el fundamento, en términos del principio económico, para limitar este tratamiento a los activos inmuebles. Muchas de las prácticas actuales ya contradicen claramente este enfoque; si bien las potestades tributarias principales se suelen asignar al país de la fuente en relación con los bienes inmuebles y al país de residencia en el caso de la participación en el capital de otras empresas, existen algunas excepciones notables, como los casos de Perú e India, que se analizan más adelante. En efecto, el artículo 13(5) del modelo de convenio tributario de la ONU, que se detalla en la sección IV del presente documento, extiende la tributación del país en el que se encuentran los activos a un nivel de propiedad más, a las ganancias derivadas de las acciones de una empresa³⁷.

³⁶ En otros estudios se ha llegado a una conclusión similar. Cui (2015, pág. 154), por ejemplo, considera que gran parte del debate sobre impuestos internacionales en las últimas décadas se ha centrado en determinar si se debe aplicar el impuesto a las ganancias de capital a los no residentes, más que en la forma de gravar tales ganancias.

³⁷ Más precisamente, esta disposición permite que el Estado *L* grave las ventas efectuadas por no residentes de acciones de empresas residentes en *L*. No existe una disposición comparable en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

Lo que se desprende, desde luego, es la importancia de que el país en el que se encuentran los activos defina claramente el concepto de “activos inmuebles”. Las consideraciones de equidad, eficiencia y viabilidad entre las naciones convergen para sugerir que el alcance podría incluir todos los activos con potencial de generar importantes rentas de un lugar específico, sobre las cuales el Gobierno puede ejercer suficiente control para garantizar la recaudación. Sin embargo, los países pueden elegir una definición más acotada.

Asimismo, mientras que el país en el que se encuentran los activos puede optar por no ejercer su derecho a gravar las TIT, la experiencia —ejemplificada por los casos que se analizan en la sección siguiente— indica que no hacerlo puede provocar una gran insatisfacción nacional. Estos activos generalmente son muy visibles y destacados para el público en general —quizá como reflejo de un descubrimiento de recursos muy publicitado, por ejemplo— y a menudo son recursos no renovables propiedad de la nación (en el caso de las industrias extractivas) o creados por el Gobierno (en forma de licencias u otros derechos). Además, como se observará en breve, las sumas en juego pueden ser cuantiosas.

Esta insatisfacción puede dar lugar a medidas legislativas unilaterales, que podrían diferir (y, de hecho, difieren) entre los distintos países, que exacerban la incerteza tributaria, con efectos perjudiciales para inversionistas, contribuyentes y Gobiernos.

III. TRES CASOS ILUSTRATIVOS

En los recuadros 2 a 4, se describen tres TIT que tuvieron amplia difusión³⁸: la compra realizada por *Vodafone* de un derecho de participación importante en un operador de telefonía móvil de India, la venta indirecta de la empresa petrolera peruana *Petrotech Peruana* y la venta indirecta realizada por *Zain* de diversos activos en África, incluido un operador de telefonía móvil en Uganda³⁹. Todas estas transacciones (al menos hasta ahora, ya que el proceso de apelaciones continúa) han planteado la cuestión de si los grupos multinacionales pueden, en última instancia, evadir la tributación de las ganancias de una TIT en el país en el que se encontraban ubicados los activos subyacentes y asegurar la aplicación de impuestos bajos o nulos a las ganancias al hacer los arreglos necesarios para que la transferencia se efectúe como una venta por parte de una entidad no residente en el lugar en que se encuentra ubicada la subsidiaria que posee el activo subyacente.

Recuadro 2. India: El caso de *Vodafone*

En 2006, *Vodafone* adquirió la participación de *Hutchison* en un *joint venture* establecido para operar una compañía de telefonía móvil en India (propietaria de una licencia de operación), por casi USD 11 000 millones. Esta transferencia fue efectuada por *Hutchison*, multinacional con sede en Hong Kong, mediante la venta de una subsidiaria de propiedad absoluta ubicada en las Islas Caimán, que poseía su derecho de participación en la operación india, a una subsidiaria de propiedad absoluta de *Vodafone* constituida, y residente para propósitos tributarios, en los Países Bajos. Por ende, la transacción tuvo lugar completamente fuera de India, entre dos empresas no residentes¹.

La Autoridad Tributaria de India intentó recaudar más de USD 2000 millones en concepto de impuesto a las ganancias de capital realizadas por *Hutchison* en la venta de la empresa de las Islas Caimán. De acuerdo con la legislación de India, el comprador está obligado a deducir el impuesto en la fuente mientras efectúa el pago al vendedor no residente. En consecuencia, la Autoridad Tributaria de India consideró que el comprador, la filial neerlandesa de *Vodafone*, era responsable del incumplimiento de su obligación de aplicar una retención fiscal sobre el precio pagado por ella a *Hutchison*, aduciendo que las ganancias de capital realizadas por el vendedor eran imponibles en India. Esto dio lugar a una prolongada causa judicial, y, en 2012, la Corte Suprema de India dictó sentencia a favor del contribuyente. La Corte Suprema rechazó la lectura amplia de la ley efectuada por la Autoridad Tributaria de India a fin de ampliar su jurisdicción tributaria para incluir las ventas indirectas en el extranjero, aunque aceptó la visión de que la transacción consistió, en efecto, en la adquisición de derechos de propiedad situados en India.

El Gobierno de India introdujo posteriormente una enmienda aclaratoria con efecto retroactivo para resolver la dificultad técnica derivada del fallo de la Corte Suprema, con el objeto de permitir la tributación de las ventas indirectas transnacionales y validar la demanda de impuestos planteada contra la filial neerlandesa de *Vodafone*. *Vodafone* no impugnó ante los tribunales de India la legalidad del efecto retroactivo de la ley, pero, en cambio, sometió a arbitraje la acción del Gobierno de India en virtud del Tratado Bilateral de Inversión entre India y los Países Bajos.

¹ Véase Cope y Jain (2014).

³⁸ Estos son tres de los casos más importantes y reconocidos de este asunto. Por ese motivo, sus detalles también son los más públicos y los más analizados, y es posible que hayan tenido el mayor impacto sobre las acciones futuras de los países receptores y las mayores repercusiones. Pero la experiencia demuestra que muchos otros países enfrentan este problema, aunque con una publicidad menos espectacular.

³⁹ Otros ejemplos se incluyen en FMI (2014) y Burns, Le Leuch y Sunley (2016).

Recuadro 3. Perú: La adquisición de *Petrotech*

En 2009, *Ecopetrol Colombia* y *Korea National Oil Corp.* adquirieron una empresa con sede en Houston (*Offshore International Group Inc.*), cuyo principal activo era *Petrotech Peruana* (titular de la licencia), empresa constituida y residente en el Perú y tercer productor de petróleo de dicho país, por aproximadamente USD 900 millones, de *Petrotech International*, empresa constituida en Delaware. Dado que, en ese momento, la ley del impuesto sobre la renta del Perú no incluía una disposición específica sobre la tributación de las ventas indirectas transnacionales, la transacción quedó exenta de impuestos en ese país. Según las estimaciones, los posibles ingresos fiscales no percibidos por el Perú fueron de USD 482 millones. *Petrotech International*, o su accionista (al parecer, nacional de Estados Unidos), estaría obligada a tributar el impuesto a las ganancias de capital correspondiente en la jurisdicción de su residencia, si estuviera sujeta a impuestos.

El caso suscitó una investigación del Congreso en el Perú, que finalmente dio lugar a una modificación de la ley. En la actualidad, todas las ventas indirectas transnacionales de empresas residentes son gravadas en el Perú, independientemente de la proporción que los bienes inmuebles de propiedad de la subsidiaria peruana puedan representar en el valor total de la empresa matriz (artículo 10, Ley del Impuesto sobre la Renta, Perú; véase el recuadro C.1 del apéndice C). Se aplican algunas limitaciones: la parte de la empresa matriz sujeta a la venta debe derivar, al menos, el 50 % de su valor de activos del Perú, y se debe transferir, al menos, el 20 % de los activos peruanos para que la transacción sea gravable en el Perú.

Recuadro 4. Uganda: El caso *Zain*

En 2010, una subsidiaria neerlandesa de la multinacional india *Bharthi Airtel International BV* compró a *Zain International BV*, empresa neerlandesa, las acciones de *Zain Africa BV* (también una empresa de los Países Bajos) por USD 10 700 millones. Esta, a su vez, era propietaria del operador de telefonía móvil registrado en Kampala *Celtel Uganda Ltd.* (entre otras inversiones en África)¹.

La Administración de Ingresos de Uganda determinó que *Zain International BV* debía tributar el impuesto a las ganancias de capital correspondiente, que ascendía a USD 85 millones. La Corte de Apelaciones de Uganda dictaminó —en pronunciado contraste con la decisión de la Corte Suprema de India en el caso de *Vodafone*— que la Administración de Ingresos de Uganda tiene jurisdicción para evaluar y gravar al vendedor extranjero de un derecho de participación indirecta en activos locales (y anuló una sentencia anterior del Tribunal Superior de Kampala)². Sin embargo, el contribuyente interpreta que el tratado tributario entre Uganda y los Países Bajos protege el derecho exclusivo de los Países Bajos a gravar dicha transacción. Se trata de una cuestión que puede llegar a ser significativa, ya que podría considerarse que algunas normas contra la evitación de la legislación interna complementan el tratado, en lugar de anularlo. Este asunto aún no se ha resuelto.

¹ *Zain International BV* pertenece, en última instancia, a *Zain Group*, cuyo principal accionista es *Kuwait Investment Fund*.

² Véanse Hearson (2014) y "Court gives URA nod to seek taxes on sale of Zain assets in Uganda", en *The East African*, 13 de septiembre de 2014, disponible en <http://www.theeastafrican.co.ke/news/URA-taxes-on-sale-of-Zain-assets-in-Uganda/-/2558/2451578/-/item/0/-/6hm2he/-/index.htmlhttp>.

En los tres casos, el monto en juego es muy elevado: en el caso de *Zain*, ronda el 5 % de los ingresos gubernamentales totales (y, por ejemplo, casi el 50 % del gasto público en el sector de la salud); en el caso de *Vodafone*, equivale a alrededor del 2 % de los ingresos del Gobierno central (y casi el 8 % de todos los ingresos anuales por concepto de impuesto sobre la renta)⁴⁰.

Otra característica común es que el activo en cuestión transferido de manera indirecta fue una empresa cuyo valor procedía de una concesión otorgada por el Gobierno del país en el que se encontraba ubicado el activo subyacente. Por ende, el valor está claramente vinculado con jurisdicciones, y consiste principalmente en lo que se identifica como rentas de un lugar específico derivadas de una licencia otorgada por el Gobierno.

En los tres ejemplos⁴¹, el país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente perdió el caso en los tribunales, o al menos, claramente aún no lo ha ganado. Sin embargo, los motivos han sido diferentes: en el caso de India y de Perú, la insuficiencia de la ley interna del impuesto sobre la renta para alcanzar tales transferencias, y en el caso de Uganda, la posible anulación de un tratado (que no contiene disposiciones similares al artículo 13(4), analizado en la sección IV a continuación). En todas estas situaciones, los Gobiernos y muchas organizaciones de la sociedad civil adujeron que se había privado a los países en desarrollo (o que estos se habían privado inadvertidamente a sí mismos) de una fuente de ingresos fundamental (y sustancial). Esto fue problemático, sobre todo, desde el punto de vista político cuando se pudo demostrar que la subsidiaria que se había vendido de manera indirecta había pagado previamente poco o ningún impuesto sobre la renta de las sociedades, como se señaló en la investigación del Congreso sobre *Petrotech* ordenada en el Perú. Las protestas del público en varios de estos casos fueron considerables. En el Perú, por ejemplo, la transacción quedó vinculada con escándalos de corrupción, que dieron lugar a la destitución del primer ministro y su Gabinete.

Los casos indican que el país en el que se encuentra el activo podría responder a la derrota o la impugnación judicial mediante modificaciones bastante radicales de las políticas, como en los casos de Perú y Chile, que modificaron la legislación interna para gravar las transferencias transnacionales relacionadas con todos los activos ubicados en sus países, no solo aquellas cuyo valor procede de bienes inmuebles ubicados en sus países. En el caso de India, sin embargo, se introdujo una enmienda aclaratoria en su legislación interna con efecto retroactivo a partir de 1962 (fecha de vigencia de la actual Ley del Impuesto sobre la Renta) para la tributación de las TIT⁴². Estas respuestas unilaterales son comprensibles y pueden reflejar los diferentes sistemas jurídicos de los distintos países.

⁴⁰ Otros ejemplos se incluyen en el apéndice VI del documento del FMI (2014).

⁴¹ En otros casos —por ejemplo, *Heritage* en Uganda y *Las Bambas* en Perú—, el impuesto ha sido recuperado por el país en el que se encuentra ubicado el activo.

⁴² Citada por Cui (2015, pág. 146), la enmienda dice lo siguiente: “[T]oda acción o derecho asimilable en una empresa o entidad registrada o constituida fuera de India se considerará [...] ubicada en India, si el valor de la acción o derecho asimilable procede, directa o indirectamente, de manera sustancial de los activos ubicados en India”.

IV. LOS TRATADOS TRIBUTARIOS Y LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES

En esta sección se examina el tratamiento de las TIT previsto en los modelos de tratados tributarios⁴³, se informa sobre un análisis empírico provisional de las prácticas de los tratados actuales y se describe la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (“Instrumento Multilateral”, o “IML”) de 2017. El análisis destaca que, para las transferencias indirectas, en relación con los activos definidos como “inmuebles” en los modelos, estos acuerdos otorgan potestad tributaria principal al país en el que se encuentran los activos.

A. Las transferencias indirectas transnacionales en los modelos de tratados

En el cuadro 1 se resumen las prácticas de los tratados modelo en el caso de activos muebles e inmuebles. (Las prácticas de países específicos pueden, desde luego, ser muy diferentes).

| Cuadro 1. Asignación de potestades tributarias entre países sobre las transferencias de activos según los modelos de convenio tributario | | |
|---|---|---|
| Tipo de bien | Tipo de transferencia | |
| | Directa transnacional | Indirecta transnacional |
| Activos inmuebles del país L | País L | Si más del 50 % del valor de las acciones o participaciones comparables se deriva (directa o indirectamente) de activos inmuebles: país L ¹ . De lo contrario: país R. |
| Activos muebles del país L | El vendedor tiene establecimiento permanente en el país L al cual se asignan los activos: país L. | |
| | Derecho de participación “importante” ² MCT de la ONU (artículo 13(4)): país L; MCT de la OCDE: país R. | |
| | Otros casos: país R ³ . | |
| Referencias: L = país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente. R = país en el que reside el vendedor. MCT = modelo de convenio tributario. | | |

⁴³ Toledano y otros (2017) también señalan, con acierto, la necesidad de garantizar que el tratamiento de las TIT por parte del país no se vea inadvertidamente socavado por las disposiciones de tratados bilaterales de inversiones o contratos de concesión.

¹ La asignación de potestades tributarias al país *L* en este caso se extiende a las transferencias de cualquier entidad de la cadena de propiedad de los activos en el país *L*, independientemente del número o la ubicación de las entidades intervinientes.

² El derecho de participación “importante” se define en el MCT de la ONU como un porcentaje no especificado de la participación de la entidad en cuestión. El MCT de la OCDE no tiene una disposición similar. En consecuencia, el tratado de la OCDE otorga efectivamente la potestad tributaria en estas situaciones al país *R*, donde reside el propietario (vendedor) de la participación accionarial.

³ Las potestades tributarias relacionadas con buques y aeronaves utilizados en el transporte internacional se asignan al país en que reside la entidad que se encarga de la gestión efectiva de esos activos, pero la versión de 2017 del modelo de la ONU preferirá, incluso por razones administrativas, una prueba del país de residencia de la empresa que explota los buques o aeronaves, como en el modelo de la OCDE de 2017.

Para evitar la doble tributación, un tratado normalmente concederá i) potestad tributaria exclusiva al Estado de residencia o ii) potestad tributaria principal al Estado en el que se encuentra el activo, con el mecanismo de desgravación correspondiente en el Estado de residencia para eliminar la doble tributación. De no existir un tratado a tal efecto, podrían darse situaciones de doble tributación, aunque en la mayoría de los casos los contribuyentes podrían acceder a los mecanismos unilaterales de desgravación que prevén los países en su legislación interna y, de no confiar plenamente en ello, podrían considerar la posibilidad de estructurar sus transacciones para limitar su exposición.

En ambos modelos de convenio tributario (MCT) se establece que las transferencias directas de bienes inmuebles pueden ser gravadas por el país en el que se encuentra ubicado el bien (artículo 13(1); texto idéntico).

Las ganancias procedentes de transferencias indirectas se abordan en el artículo 13(4) de cada MCT⁴⁴. En la versión de la OCDE anterior a la actualización de 2017⁴⁵, el texto dice lo siguiente:

Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, en las que más del 50 % de su valor procede, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en este último.

La actualización de 2017 del MCT de la OCDE incluye la siguiente versión modificada del artículo 13(4):

Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones o derechos asimilables, como derechos de participación en una sociedad colectiva o un fideicomiso, podrán gravarse en el otro Estado contratante si, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, estas acciones o derechos de participación asimilables obtuvieron más del 50 % de su valor, de forma directa o indirecta, de propiedad

⁴⁴ En el MCT de la ONU, se ha incluido esta disposición desde su inicio en 1980, y en el MCT de la OCDE, se la ha incluido desde 2003.

⁴⁵ Las disposiciones reemplazadas de tratados modelo siguen siendo pertinentes debido a que pueden verse reflejadas en tratados aún vigentes.

inmobiliaria, como se define en el artículo 6, situada en ese otro Estado.

En la versión de 2011 del tratado de la ONU, la disposición fundamental del artículo 13(4) es la siguiente:

Las ganancias procedentes de la enajenación de acciones de capital de una sociedad o de la participación en una sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión, cuyo activo consista en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en un Estado contratante, podrán ser gravadas en ese Estado.

En una subcláusula, se define el término “en su mayoría” mediante un umbral de verificación del 50 % similar al incluido en la versión de la OCDE⁴⁶.

La versión de la ONU de 2011 continúa de la siguiente forma:

En particular:

- a) Ninguna de las disposiciones de este párrafo se aplicará a una sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión, distintos de una sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión dedicados a la gestión de bienes inmuebles, cuyo activo consista en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles usados por esa sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión en sus actividades comerciales.*
- b) A los efectos del presente párrafo, se entiende por “en su mayoría”, en relación con bienes inmuebles, el valor de esos bienes inmuebles que sea un 50 % superior al valor total de todos los activos de propiedad de la sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión.*

La versión de 2017 del modelo de la ONU ha adoptado el mismo texto que la versión de 2017 del modelo de la OCDE, que refleja una combinación de las disposiciones anteriores de ambos modelos, incluidas las adaptaciones diseñadas para prevenir el abuso.

En ambos MCT, la definición de “bienes inmuebles” se encuentra en primer lugar en el artículo 6:

La expresión “bienes inmuebles” se entenderá en el mismo sentido que tenga con arreglo a la legislación del Estado contratante en que los bienes estén situados. Dicha expresión comprenderá, en todo caso, los accesorios, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que se apliquen las disposiciones de derecho privado relativas a la propiedad territorial, el usufructo de bienes inmuebles y los derechos a percibir cánones variables o fijos por la explotación o la concesión de explotación de yacimientos minerales, fuentes u otras riquezas del suelo...

Esta definición tiene como punto de partida la definición del derecho interno, que puede variar mucho de un país a otro⁴⁷.

⁴⁶ El texto de la ONU es similar a la redacción de la legislación interna de los Estados Unidos relativa a las ventas indirectas de bienes inmuebles y los comentarios de los Estados Unidos al MCT de la OCDE.

⁴⁷ Krever (2010) señala que, “como regla general, las jurisdicciones del derecho civil parecen satisfechas con

A partir de lo expuesto, se observa que la norma básica para las transferencias indirectas de bienes inmuebles ha sido siempre muy similar en los dos MCT, y ahora es la misma⁴⁸.

Esta similitud refleja el carácter común de la intención general de las dos disposiciones. Ambas asignan la potestad tributaria principal al país donde se encuentra el inmueble, independientemente de la residencia de la empresa (u otro instrumento) propietaria de este^{49, 50}.

limitar el significado de 'bienes inmuebles' en el sentido más estricto, apenas más allá de los bienes raíces tangibles, mientras que los países ricos en recursos naturales donde los sistemas jurídicos se inspiran en el modelo británico o estadounidense tienen la definición más amplia" (pág. 223). Como ejemplo de un enfoque amplio, menciona (pág. 237) la definición de "bienes gravables de Australia", que incluye "toda autorización, licencia, permiso o derecho en virtud de una ley de Australia para explotar yacimientos, abrir canteras o realizar prospecciones [...], el arrendamiento de tierras que permite al arrendatario explotar yacimientos, abrir canteras o realizar prospecciones [...], la participación en dicha autorización, licencia, permiso, derecho o arrendamiento [...] y todos los derechos con respecto a edificios u otras mejoras [...] en las tierras afectadas o que se utilizan en conjunto con operaciones en ella". Véase también el análisis incluido en el recuadro 10.

⁴⁸ Hasta hace poco, la versión de la ONU era más amplia y se aplicaba a otras formas de títulos además de las acciones (el texto a tales efectos, destacado anteriormente, se introdujo en 2001). Sin embargo, en virtud de la Acción 6 del Plan de Acción de BEPS, se llegó a un acuerdo para modificar el MCT de la OCDE con el fin de eliminar esta diferencia.

Un punto relacionado con ambos es que la prueba del 50 % se relaciona con la proporción que representa el bien inmueble en el valor total del título que se vende, y no con la parte de la ganancia: por ende, las potestades tributarias pueden asignarse a un país distinto de aquel en el cual se obtiene la mayor parte de la ganancia. Algunos países consideran este aspecto "drástico" de la norma como una ventaja, para desincentivar el abuso y minimizar controversias potencialmente complejas sobre las cuestiones relativas a la valoración de bienes distribuidos a nivel internacional. En cualquier caso, en la legislación interna se podría limitar la obligación a las ganancias proporcionales al monto de los bienes inmuebles en los países que los gravan y, por consiguiente, quizá no se intente ejercer de forma plena las potestades tributarias del tratado. Se recomienda que los países en los que se encuentran los activos analicen el equilibrio de complejidad en comparación con la "presunción" a la hora de redactar las normas relevantes sobre valoración y distribución.

⁴⁹ En el comentario 28.7 al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (OCDE, 2017) se consideran otras exclusiones importantes, más relacionadas con las complejidades de la aplicación que con cuestiones conceptuales. Por ejemplo, podría excluir de la tributación a los enajenantes que poseen menos de un nivel mínimo determinado de participación en la entidad, o la venta de acciones de empresas que cotizan en un mercado bursátil aprobado, o las ganancias derivadas de transferencias de acciones en una reorganización societaria.

⁵⁰ La exclusión de la tributación de las transferencias indirectas relacionadas con ciertos tipos de entidades cuyos bienes consisten principalmente en bienes inmuebles usados por estas entidades en sus actividades comerciales según se establece en el artículo 13(4) a) del MCT de la ONU anterior a 2017 era potencialmente limitante, aunque ahora se ha modificado. El comentario al MCT de la ONU de 2011 no abordaba la interpretación de esta exclusión, por lo que el ámbito de su aplicación no estaba claro. En el peor de los casos, eximir del pago de impuestos en el país en el que se encuentra el activo a una transferencia indirecta de bienes inmuebles (que cumpla con la norma del valor superior al 50 %) cuando incluya bienes que se usan principalmente en las actividades comerciales de la entidad vendida, por ejemplo, un hotel o una mina (como podría sostenerse que se hace en el artículo 13(4) a) del tratado modelo de la ONU), podría haber dado lugar a una limitación de las potestades tributarias que los Estados contratantes no habían previsto, en especial en el caso de los países en desarrollo, ya que podría haber abarcado sectores en los que se concentran rentas económicas considerables. Una interpretación alternativa que se proponía comúnmente era que la exclusión relativa a las "actividades comerciales" se aplicaba únicamente cuando el vendedor no residente de las acciones usaba los bienes inmuebles pertinentes en sus propias actividades comerciales, en comparación con el uso de dichos bienes por parte de la entidad propietaria del activo cuyas acciones se transferían. Debido a esta incertidumbre, el *Manual para la negociación de tratados tributarios bilaterales entre países desarrollados y países en desarrollo* de la ONU señala que, " [...] en la práctica, esta disposición no se encuentra comúnmente en los tratados negociados por los países en desarrollo, dado que las ganancias

El artículo 13(5) del MCT de la ONU (que carece de equivalente en el MCT de la OCDE) amplía el alcance de la tributación transnacional más allá de los bienes inmuebles, independientemente de cómo se definan. Antes de 2017, el artículo 13(5) del MCT de la ONU decía lo siguiente:

Las ganancias que no sean las enumeradas en el párrafo 4, percibidas por un residente de un Estado contratante a raíz de la enajenación de las acciones de una sociedad que sea residente del otro Estado contratante, podrán gravarse en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el período de 12 meses anteriores a dicha enajenación, tuvo una participación directa o indirecta de al menos el _____ % (el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) en el capital de esa sociedad.

La versión de 2017 del modelo de la ONU incluye los siguientes cambios al artículo 13(5) 13(5)(los cambios están resaltados en negra):

*Las ganancias que no sean las enumeradas en el párrafo 4, percibidas por un residente de un Estado contratante a raíz de la enajenación de las acciones de una sociedad, **o derechos asimilables, como derechos de participación en una sociedad colectiva o un fideicomiso**, que sea residente del otro Estado contratante, podrán gravarse en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante **el período de 365 días anteriores a dicha enajenación**, tuvo una participación directa o indirecta de al menos el _____ % (el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) en el capital de esa sociedad.*

Según este artículo, se asignan al país *L* las potestades tributarias sobre las ganancias percibidas por un no residente del país *L* procedentes de la enajenación de acciones (o derechos asimilables) de una sociedad, una sociedad colectiva o un fideicomiso residente en el país *L*. Sin embargo, se aplica solamente a la propiedad *directa* transnacional en tales entidades. Por tal motivo, si bien el artículo 13(5) puede ayudar a abordar determinados mecanismos de elusión fiscal (por ejemplo, ciertas estrategias de distribución de dividendos o cambio de residencia), no es adecuado como una disposición para garantizar la tributación basada en el país de la fuente de ganancias derivadas de las transferencias indirectas. Según el *Manual para la negociación de tratados tributarios bilaterales entre países desarrollados y países en desarrollo* de la ONU, las prácticas de los tratados varían con respecto al uso del artículo 13(5): algunos países excluyen específicamente las ganancias derivadas de acciones cotizadas en el mercado bursátil; otros restringen el alcance a ganancias realizadas por individuos que solían residir en el Estado fuente, y muchos otros no incluyen esta disposición en absoluto en sus tratados.

B. Las transferencias indirectas transnacionales y el Instrumento Multilateral

procedentes de la enajenación de derechos en entidades que poseen y dirigen minas, establecimientos agrícolas, hoteles, restaurantes, etc., no están comprendidas en este párrafo" (Naciones Unidas, 2016).

El Instrumento Multilateral (IML) es el resultado de la Acción 15 del Plan de Acción de BEPS, que exigió la creación de un instrumento multilateral para aplicar eficazmente las medidas relacionadas con los tratados tributarios de BEPS. En consecuencia, el IML modifica los tratados tributarios bilaterales existentes entre sus partes contratantes a fin de cumplir con las normas mínimas relacionadas con los tratados de BEPS, es decir, la prevención del abuso de los tratados, en virtud de la Acción 6 del Plan de Acción de BEPS, y la mejora de los mecanismos de resolución de controversias, en virtud de la Acción 14 del Plan de Acción de BEPS. Al mismo tiempo, el IML facilita la aplicación de otras medidas de tratados tributarios creadas en el Proyecto BEPS, como, por ejemplo, medidas contra la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente a través de los mecanismos de comisionistas.

Para los países que son parte en el IML y que en sus tratados tributarios existentes carecen de una disposición equivalente al artículo 13(4) del MCT de la OCDE de 2017, el artículo 9(4) del IML incorpora de hecho dicha disposición en sus tratados tributarios, que son modificados por el IML en virtud de la legislación internacional, siempre y cuando ambas partes hayan decidido aplicar el artículo 9(4) del IML. Al optar por incluir esta disposición, se permitiría que la jurisdicción en la que se encuentran ubicados los bienes inmuebles grave las ganancias de capital realizadas por un residente de la jurisdicción del asociado del tratado procedentes de la enajenación de acciones de empresas que derivan más del 50 % de su valor de tales bienes inmuebles.

Para los países que ya tienen en sus tratados tributarios una disposición relacionada con la tributación de las ganancias de capital realizadas a partir de la enajenación de acciones, el IML ofrece dos opciones para mejorarla. En primer lugar, el artículo 9(1) del IML permite que las partes modifiquen sus tratados tributarios pertinentes mediante la introducción de un período de prueba en el artículo 13(4). En consecuencia, en el artículo 13(4) se hará referencia a un período de 365 días que preceden a la enajenación para determinar si el valor de las acciones procede principalmente de bienes inmuebles. Asimismo, el artículo 9(1) del IML ofrece a las partes la posibilidad de incrementar el alcance del artículo 13(4) del MCT de la OCDE mediante la ampliación del tipo de derechos de participación comprendidos. Como resultado, otros derechos de participación comparables a las acciones (por ejemplo, derechos en una sociedad colectiva o un fideicomiso) también se incluirían en la redacción del artículo 13(4)⁵¹.

⁵¹ En la versión de 2014 del MCT de la OCDE, la opción de incluir las ganancias procedentes de la enajenación de derechos de participación ("intereses") en otras entidades como sociedades colectivas o fideicomisos se establece en el párrafo 28.5 del comentario al artículo 13.

A diferencia de un protocolo que enmienda un solo tratado tributario, el IML modifica todos los convenios tributarios existentes identificados por los diversos países asociados que lo han suscrito. En particular, las disposiciones del artículo 9 del IML se aplicarán, cuando corresponda, en lugar o en ausencia de disposiciones de los tratados tributarios pertinentes sobre las ganancias procedentes de la enajenación de acciones u otros derechos de participación comparables, salvo que el signatario haya optado por no aplicar el artículo 9.

Cabe destacar que el solo hecho de suscribir el IML no implica que los tratados tributarios del signatario vayan a ser modificados por las disposiciones del artículo 9 del IML. El IML permite a las partes reservarse el derecho de no aplicar cualquiera de las disposiciones incluidas en el artículo 9(1) o no incluir el texto del artículo 9(4)⁵². Asimismo, como se explica en la sección V, el país en el que se encuentra ubicado el activo debe tener disposiciones propicias en su legislación interna para imponer el impuesto a las ganancias de capital procedentes de una TIT.

Además de las disposiciones específicas incluidas en el artículo 9, en la parte III del Instrumento Multilateral se introducen medidas adicionales para impedir la utilización abusiva de los tratados que también podrían preservar las potestades tributarias del país en el que se encuentra ubicado el activo sobre las ganancias de una TIT. En particular, el artículo 7 del IML contiene la *prueba de propósito principal* y la regla de *limitación de beneficios*. En virtud de estas disposiciones, dejan de aplicarse los beneficios del tratado si la obtención de esos beneficios fue uno de los principales propósitos del acuerdo o la transacción pertinentes, o si la persona que reclama los beneficios del tratado, o la transacción que realiza, no cumple ciertas condiciones objetivas (regla de limitación de beneficios). En la sección V. A de este informe se incluye un análisis más detallado de la aplicación de las normas generales y específicas antiabuso en las TIT.

Por último, el IML también podría ser un método futuro para abordar nuevos acontecimientos relativos a la tributación de las TIT. En este sentido, el diseño del IML ofrece a las partes la posibilidad de enmendar el instrumento en el futuro a través del mecanismo establecido en su artículo 33. Este mecanismo permitiría la inclusión de nuevas medidas de tratados tributarios para proteger las potestades tributarias del país de la fuente en relación con las TIT.

A fecha de marzo de 2020, se espera que el IML modifique 104 tratados tributarios bilaterales mediante la incorporación de los requisitos del artículo 9(1) de la IML, y 336 tratados tributarios mediante la inclusión de la disposición del artículo 9(4) del IML, lo que adecuará todos esos tratados a la nueva redacción del artículo 13(4) del MCT de la OCDE. Se prevé que esta cantidad aumente en el futuro, a medida que nuevos signatarios decidan

⁵² En la primera etapa de suscripción de la CM, en junio de 2017, la mitad de los 69 países participantes expresó reservas respecto de la disposición pertinente, lo que significa que no la incluirían en la renegociación de sus tratados.

adoptar las disposiciones del artículo 9(4) del Instrumento Multilateral.

C. El artículo 13(4) en la práctica⁵³

En esta subsección se informa sobre un análisis provisional realizado por el FMI sobre la inclusión del artículo 13(4) en los tratados tributarios hasta el año 2015. En el apéndice D se pueden consultar los detalles.

Alrededor del 35 % de todos los tratados sobre doble tributación (TDT) incluyen el artículo 13(4)⁵⁴, con una referencia a las acciones cuyo valor procede indirectamente de bienes inmuebles (gráfico 2). Alrededor del 60 % de los TDT contiene una disposición relativa a las ganancias de capital sobre acciones que derivan su valor de bienes inmuebles, incluidos también los que no tienen la palabra “indirectamente” (Wijnen y de Goede, 2014)⁵⁵.

La inclusión del artículo 13(4), un poco menos frecuente en los TDT en los que participan países de ingreso bajo o mediano bajo, es de alrededor del 31 % (gráfico 1).

La probabilidad de que el artículo 13(4) se incluya en un tratado⁵⁶ es considerablemente:

- **Menor si una de las partes del tratado es un país de ingreso bajo y rico en recursos** (en alrededor de 6 puntos porcentuales). Esta conclusión es sorprendente y, a la luz del análisis anterior, potencialmente preocupante.
- **Menor si una de las partes del tratado es una jurisdicción que aplica impuestos bajos** (en alrededor de 13 puntos porcentuales). Esto también resulta preocupante, porque estos probablemente sean casos en los que sea más atractiva la oportunidad de evadir impuestos en el país en el que se encuentra el activo mediante las transferencias indirectas.
- **Mayor cuanto más grande es la diferencia entre las tasas a las cuales se gravan las ganancias de capital en las partes del tratado⁵⁷.** Esto, por el contrario, indica que la parte en el tratado que aplica impuestos altos es consciente de las oportunidades de evasión a través de las TIT. Sin embargo, el efecto es bastante moderado: una diferencia de 10 puntos

⁵³ Esta sección, y el análisis subyacente (del que se informa con más detalle en el apéndice D), fueron preparados por el FMI. Los datos son de 2015.

⁵⁴ En este informe, por “incluyen el artículo 13(4)” se entiende, más precisamente, la inclusión de un artículo similar al 13(4) de los modelos de tratados con una referencia explícita a “indirectamente”.

⁵⁵ Wijnen y de Goede (2014) examinaron alrededor de 1800 TDT y protocolos modificativos finalizados durante el período comprendido entre 1997 y 2013.

⁵⁶ Este es, desde luego, un ejercicio retrospectivo, por lo que no necesariamente hace referencia a la probabilidad de la inclusión futura.

⁵⁷ Existe una heterogeneidad considerable en las tasas del impuesto a las ganancias de capital en los distintos países. Hay 35 países que no aplican impuestos a las ganancias de capital de las empresas (por ejemplo, Hong Kong, Malasia, Singapur y algunos países ricos en recursos, como Bahrein y los Emiratos Árabes Unidos). En el otro extremo de la distribución, había en la muestra 10 países que imponen una tasa del 35 % (entre ellos, Argentina y Estados Unidos), y la tasa más alta es del 36 %, en Suriname.

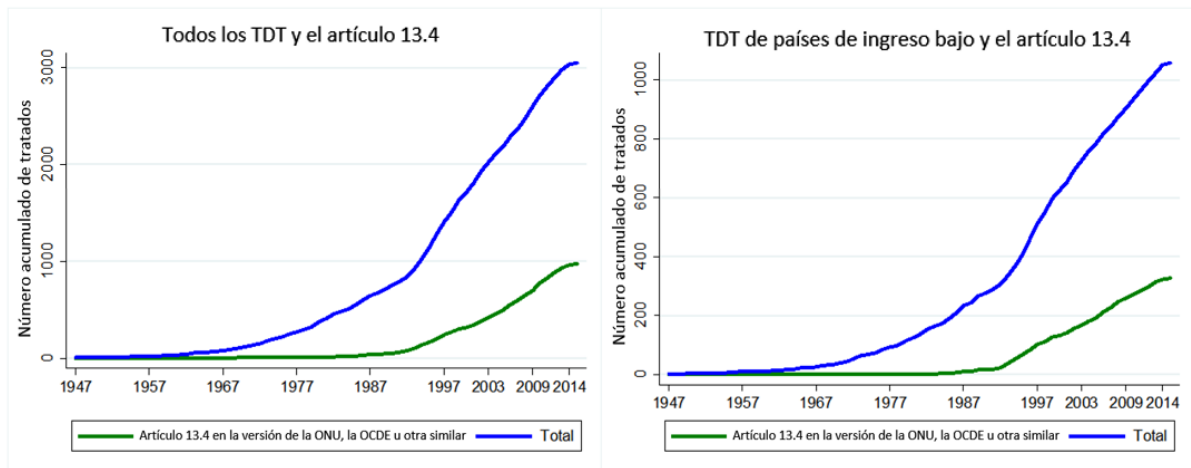
porcentuales entre las tasas de los impuestos a las ganancias de capital aumenta la probabilidad de inclusión del artículo 13(4) tan solo alrededor de 4 puntos porcentuales, en promedio.

- **Mayor a lo largo del tiempo.**

Casi ninguno de los países que tienen varios tratados ha incluido al artículo 13(4) en todos ellos, lo que implica una vulnerabilidad a través de las TIT estructuradas para explotar las disposiciones de los tratados incluso donde la ubicación del país *L* evidentemente estaba al tanto de la posibilidad de imponer impuestos sobre dichas ganancias. Como se muestra en el gráfico 3, algunos países, entre ellos varios en desarrollo, no tienen el artículo 13(4) en ninguno de sus tratados.

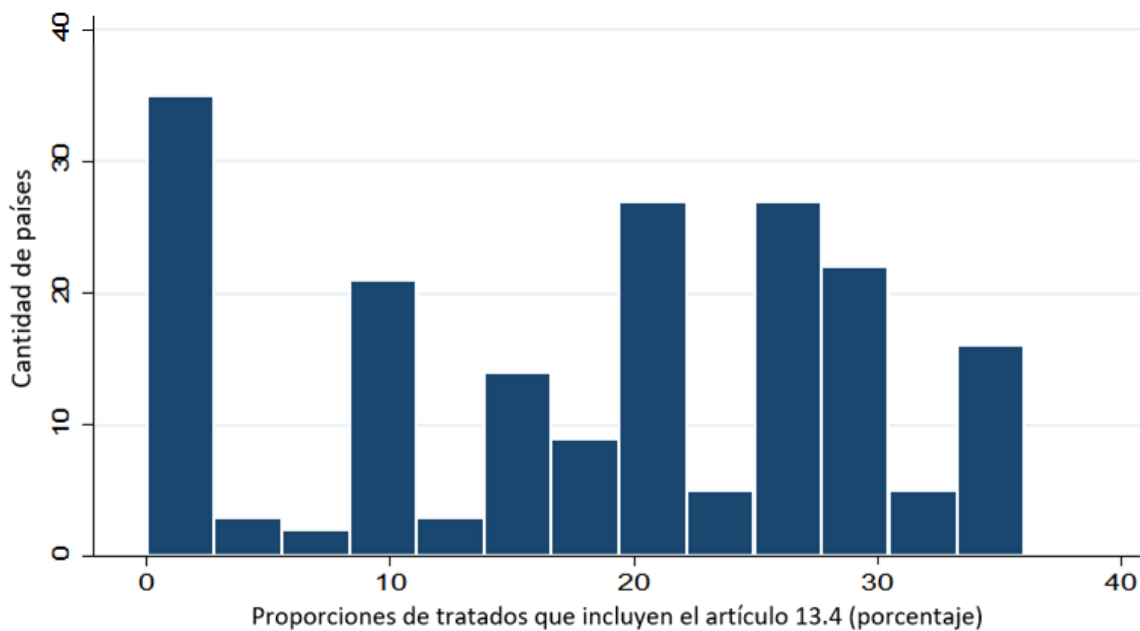
Alrededor del 22,5 % de la totalidad de los tratados incluye el artículo 13(5) del tratado modelo de la ONU. No se ha observado un patrón claro que vincule la inclusión de los artículos 13(4) y 13(5): algunos tratados incluyen solamente uno, mientras que otros contienen ambos.

Gráfico 2: Artículo 13(4) en los tratados sobre doble tributación



Nota: Los países de ingreso bajo son países de ingreso mediano bajo ricos en recursos, según se define en la clasificación de ingresos del Banco Mundial. En el apéndice A se describen los TDT.

Gráfico 3: Proporciones de tratados sobre doble tributación que incluyen el artículo 13(4)



V. OPCIONES Y DESAFÍOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN

La principal cuestión legal/estructural relacionada con las TIT es que, desde el punto de vista contractual, el activo subyacente no cambia de manos, por lo que, en términos formales, no se generan ganancias de capital realizadas directamente en relación con dicho activo en el país donde está ubicado. Lo que cambia de manos es el capital accionario (u otro derecho de participación comparable) de una entidad que posee el activo, ya sea directa o indirectamente, pero dicho capital accionario o derecho de participación (en los casos en cuestión) está y se transfiere en otro país, tanto en el país de residencia del vendedor como en otro. En consecuencia, pueden surgir diversas situaciones.

En esta sección se describen las opciones y los desafíos de implementación asociados con el cobro de impuestos sobre las TIT, en caso de que un país opte por hacerlo. Se hace hincapié en el cobro de impuestos sobre las ganancias vinculadas con bienes inmuebles (incluidos, por ejemplo, los derechos de minería) situados en el país de la fuente (país donde se encuentra ubicado el activo). También se incluyen orientaciones referidas a la tributación sobre las ganancias vinculadas con una participación accionaria significativa en una empresa residente en el país donde se encuentra ubicado el activo.

En ambos modelos de tratado, como se expuso anteriormente, la potestad tributaria surge cuando más del 50 % del valor de la participación o el capital accionario transferidos se deriva de activos inmuebles situados en el país del activo. Para determinar si el valor del derecho de participación se deriva principalmente (más del 50 %) de dichos bienes inmuebles, por lo general se requiere determinar qué proporción representa el valor de esos bienes (el activo pertinente) respecto del valor de todos los bienes que posee la entidad (todos los activos), sin tener en cuenta las deudas u otros pasivos. La selección de los valores que se utilizarán para este propósito es fundamental. Los valores contables suelen basarse en los costos históricos de adquisición, más que en los valores reales de mercado en el momento de la enajenación de los bienes pertinentes, que se reflejan más correctamente en los informes de valoración correspondientes, que se realizan en el momento de la enajenación. Además, la identificación de los bienes que deben clasificarse como bienes inmuebles con este fin se determinará con referencia a la definición que figura en el artículo 6 del tratado tributario pertinente y a la legislación interna del país en que se encuentre el bien. El párrafo 1 del artículo 6 establece que los bienes muebles, que son complementarios de los bienes inmuebles, se considerarán también como bienes inmuebles. Por último, hay que tener presente que, si bien solo se tiene en cuenta el valor de los activos (no los pasivos o deudas correspondientes), la inyección de efectivo u otros instrumentos financieros, ya sea mediante préstamo o capital social o incluso activos financieros (como las acciones mediante una operación de recompra), poco antes de la enajenación, puede afectar significativamente al umbral de valoración del 50 %, partiendo de la base de que ese efectivo u otros valores de propiedad se tengan presentes en el proceso de esta determinación. Esta es la razón por la que se han enmendado los MCT tanto de la OCDE como de la ONU para incluir la prueba temporal de los 365 días, con objeto de reducir el riesgo de tal manipulación en el momento de la enajenación del activo, o en torno a él, que de otro modo repercutiría en la asignación de las potestades tributarias.

Aun cuando se cumpla este requisito de la prueba, el país del activo puede encontrar dificultades importantes para cobrar el impuesto, dado que la TIT se efectúa fuera de dicho país (entre un vendedor no residente y un comprador que también puede ser no residente)⁵⁸. En esta sección del informe, se busca proporcionar orientaciones prácticas sobre el diseño de los instrumentos legales que pueden emplearse para imponer una obligación tributaria sobre las ganancias, que permitirán luego a la autoridad fiscal aplicar y cobrar el impuesto. Los instrumentos legales presentados en esta sección consisten principalmente en modelos de disposiciones legislativas internas. Esto se debe a que, incluso cuando algún tratado pertinente resguarde la potestad tributaria del país del activo en consonancia con el artículo 13(4) del modelo, es esencial que dicho país cuente con disposiciones de este tipo en su legislación interna.

⁵⁸ Toledano y otros (2017) citan ejemplos en los cuales las autoridades del país donde se encuentra ubicado el activo simplemente no sabían que se había realizado una transferencia indirecta (en un caso, aunque el Gobierno tenía una participación del 20 % en la entidad transferida).

A. Reseña del diseño legal y los principios para la redacción: Dos modelos

Es esencial que la legislación tributaria interna contenga una norma sobre los impuestos a las transferencias indirectas, así como procedimientos adecuados de aplicación que permitan cobrar la obligación resultante. Un tratado no puede crear facultades impositivas ni mecanismos de aplicación si no están ya establecidos en la legislación interna.

Cuando se busca gravar las TIT, es necesario tener en cuenta diversos aspectos de diseño clave. Cada uno de dichos aspectos conlleva sus propias complejidades y consideraciones legales en el contexto de un país fuente con un sistema impositivo que se ajusta a las normas internacionales vigentes sobre residencia y fuente. Los aspectos principales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. **Diseño de la norma que establecerá la obligación tributaria.** Para esto, se emplean habitualmente dos modelos:

- **Modelo 1 (se grava una venta considerada directa y efectuada por un residente):** En este modelo se busca gravar a la entidad local que posee directamente el activo en cuestión, para lo cual se trata a dicha entidad como si enajenara su activo y volviera a adquirirlo a su valor de mercado cuando se produce un traspaso de control (por ejemplo, debido a la venta en el exterior de acciones o de participaciones comparables). Este modelo tiene en cuenta el hecho de que se ha realizado una ganancia de capital a través de la transferencia indirecta, activada por un cambio de control. El contribuyente pertinente, según este modelo, no es la entidad vendedora, que enajena efectivamente las acciones, sino más bien la entidad que realmente posee los activos de los que las acciones pertinentes derivan su valor. El modelo 1 debe contar con el respaldo de una norma sobre la readquisición y enajenación implícita de bienes de la que las acciones realmente enajenadas derivan su valor.
- **Modelo 2 (se grava al vendedor no residente):** En este modelo se busca gravar a la entidad no residente que vende las acciones o los derechos de participación comparables, a través de una norma de evaluación de los no residentes. El modelo 2 debe estar respaldado directa o implícitamente por una **norma referida a la fuente de los ingresos**, que establezca que las ganancias provienen del país del activo cuando el valor del derecho de participación enajenado se deriva en su mayor parte, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en ese país. También puede contemplarse la posibilidad de aplicar una norma referida a las ganancias procedentes de la enajenación de otros activos (como se analizó en la sección II), incluidas las participaciones accionarias importantes en empresas residentes. La norma referida a la fuente de los ingresos puede respaldarse adicionalmente mediante una **norma sobre los activos imponibles**, en la que se traten cuestiones tales como si el gravamen se aplica solo a la enajenación de participaciones significativas (por ejemplo, una participación accionaria del 10 %), de modo de eximir del impuesto los cambios de titularidad de las inversiones en cartera. Asimismo, esta norma puede

establecer si se deberá tributar por el total de las ganancias cuando el valor de una participación indirecta no se derive en su totalidad de activos inmuebles locales, o si, en cambio, el impuesto sobre las ganancias se prorrateará. Más adelante se analiza en mayor detalle cada una de las opciones de diseño legal para esta norma.

Los dos modelos no son, necesariamente, excluyentes entre sí. Sin embargo, si se adoptaran ambos, habría que establecer con claridad una norma de ordenación para garantizar que no se apliquen los dos al mismo tiempo.

2. Diseño de las normas sobre aplicación y recaudación. Estas normas son fundamentales pues respaldan la aplicación del impuesto y la recaudación de la obligación tributaria resultante. Pueden incluir uno o más de los siguientes elementos:

- a) mecanismos de notificación, presentación de informes e intercambio de información (por ejemplo, requisitos sobre la presentación de informes en el nivel nacional complementados, cuando corresponda, con modalidades de intercambio internacional de información);
- b) mecanismos de retención fiscal (por ejemplo, sobre el pago del precio de compra);
- c) mecanismos que imponen sobre una entidad local pertinente la obligación de pagar el impuesto (por ejemplo, como agente del vendedor no residente);
- d) otras disposiciones legales de protección, tales como medidas que restrinjan el registro de los activos subyacentes en cuestión, su renovación o validez (por ejemplo, licencias extractivas) a menos que se hayan cumplido los requisitos de notificación aplicables o hasta que se demuestre que no corresponde pagar ningún impuesto, o que ya se ha pagado el impuesto pertinente, o bien que se ha dispuesto lo necesario para el pago de dicho tributo.

Como último recurso, podría aplicarse una norma general contra la evasión para gravar las ganancias derivadas de una TIT en las circunstancias adecuadas. No obstante, en países con escasa capacidad administrativa puede resultar bastante difícil aplicar con éxito este tipo de normas. Algunos países han adoptado mecanismos tributarios que funcionan de modo similar a una norma específica antiabuso, pues procuran, de hecho, aplanar la estructura de tenencia de múltiples niveles y tratar al no residente que vende en última instancia el derecho de participación como el vendedor de los activos locales, quien obtiene una ganancia de una fuente local. Este es el enfoque que se emplea en China. La aplicación exitosa de una norma de este tipo depende en definitiva de los siguientes factores: i) el diseño y la redacción de la norma antiabuso específica, cuya aplicación a menudo no se basa tanto en reglas sino que es más discrecional, y ii) la capacidad de la autoridad tributaria para aplicar adecuadamente esta norma antiabuso específica, con justicia y de manera previsible⁵⁹. Con una norma de esta índole, solo podría llegarse a la ganancia en cuestión si se mostrara que en esta transacción se busca intencionalmente eludir el impuesto. En consecuencia, estas normas no establecen que las ganancias en cuestión deban gravarse por principio sobre la base de una potestad tributaria sustantiva del país donde se

⁵⁹ Véase Waerzeggers y Hillier (2016).

encuentra el activo, y tienen un alcance mucho más limitado.

Los modelos de disposiciones legislativas internas incluidos en esta sección son de índole general y se presentan como disposiciones legales simplificadas basadas en reglas. Es importante señalar que no tienen en cuenta las circunstancias específicas de ningún sistema tributario en particular, ni han sido adaptadas para adecuarse a todas las circunstancias (por ejemplo, las reorganizaciones corporativas), ni contemplan otras concesiones comunes que suelen aplicarse (por ejemplo, en un régimen de impuestos a las ganancias del capital, en circunstancias en las que se considera adecuado diferir el reconocimiento de las ganancias imponibles). Las disposiciones legislativas simplificadas tampoco abordan de manera exhaustiva asuntos más complejos como accionistas minoritarios, mecanismos de empresa conjunta, dificultades inherentes a la valoración, tratamiento de pérdidas, títulos que cotizan en bolsa y otras cuestiones de doble tributación que pueden surgir en el marco de un grupo particular de circunstancias. Asimismo, a menos que existan motivos contundentes para hacer lo contrario, cualquier modelo solo debería implementarse de manera prospectiva (y no retroactiva) (por ejemplo, a transacciones que se realizan después del anuncio del cambio, en contraposición a la aplicación del impuesto años antes del cambio anunciado) y también podrían tomarse en consideración los mecanismos transicionales correspondientes (como considerar que la base de costos del valor del mercado de los activos en cuestión sea esa al momento de comenzar el nuevo modelo tributario). En el conjunto de disposiciones que finalmente adopte el país del activo para poder gravar las TIT, deberán tenerse en cuenta la tradición y el sistema legal específico, así como la estructura política y administrativa y las políticas fiscales del país.

Estos modelos de disposiciones legislativas fueron diseñados y redactados para evitar que el país del activo aplique una doble tributación legal, esto es, para impedir que las ganancias derivadas de la transferencia de un activo sean gravadas dos veces por el país del activo estando en manos del mismo contribuyente. Esto refleja las prácticas internacionales habituales en este contexto. También podría considerarse la posibilidad de diseñar y redactar disposiciones legislativas que limiten la doble tributación en el sentido de que las mismas ganancias sean gravadas varias veces en manos de contribuyentes distintos mediante la realización de ganancias procedentes de participaciones accionarias intermedias en diversos niveles de propiedad indirecta. Para esto, el costo impositivo de los activos en cuestión (por ejemplo, cada participación accionaria intermedia) debe recalcularse (incrementarse) según el valor de mercado cada vez que se produzca una realización imponible. Como alternativa, puede establecerse en la ley que no se reconozcan las ganancias sobre cada activo intermedio⁶⁰. Si bien las disposiciones de este tipo son más abarcadoras, son también más complejas de aplicar y administrar, por lo que no se incluyen entre los modelos de disposiciones legislativas internas consignados en esta sección. A los efectos de los modelos incluidos en esta sección, para mencionar el país donde se encuentra el activo se utiliza la expresión "país L", de igual manera que se lo hace más arriba.

⁶⁰ Este último es el método de implementación que se emplea en la normativa china.

B. Modelo 1: Se grava a la entidad local residente que posee el activo en el marco de un modelo de enajenación implícita

Este modelo busca gravar al propietario local del activo con el argumento de que se ha producido un traspaso del control de dicho activo por la venta en el extranjero de la entidad que posee el propietario local del activo, ya sea directa o indirectamente. En este modelo, la obligación tributaria respecto de las ganancias realizadas por el vendedor no residente se asigna (unilateralmente) a la entidad local residente propietaria del activo en virtud de un conjunto específico de disposiciones legislativas internas, sin considerar como elemento principal la fuente internacional de los ingresos ni un conjunto más amplio de normas impositivas internacionales (como las normas de asignación de un tratado tributario). Este enfoque se ha adoptado en diversos países, como Nepal, Ghana y Tanzania.

En el recuadro 5, se expone un conjunto de disposiciones legislativas que respaldan este modelo de enajenación implícita en el nivel nacional.

Recuadro 5: Traspaso del control

- 1) La subsección 3) se aplica cuando la propiedad directa o indirecta de una entidad mencionada en la subsección 2) se modifica en más del 50 % respecto de la composición que mostraba en cualquier momento de los tres años precedentes.
- 2) La subsección 1) se aplica a las entidades en las que, en cualquier momento de los 365 días previos a la fecha en que se modifica la composición de la propiedad subyacente, más del 50 % del valor de las acciones o de los derechos de participación comparables por ellas emitidos se deriva, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el país L.
- 3) Cuando se aplica esta subsección, se considera que la entidad:
 - a) ha realizado todos sus activos y pasivos inmediatamente antes del traspaso;
 - b) ya no posee la propiedad de cada activo y ha obtenido un monto por su realización que equivale al valor de mercado de dicho activo al momento de la realización;
 - c) ha vuelto a adquirir el activo y para ello ha efectuado un gasto por el monto mencionado en el párrafo b);
 - d) ha realizado todos los pasivos y ha gastado un monto equivalente al valor de mercado de dichos pasivos al momento de realizarlos;
 - e) ha restablecido los pasivos por el monto mencionado en el párrafo d).

La aplicación del modelo puede sintetizarse de la siguiente manera:

- El modelo busca gravar las ganancias no realizadas en manos de la entidad local que posee el activo. Dicha entidad es, por lo general, residente del país del activo, por lo que este tiene derecho a imponerle gravámenes, tanto sobre la base de la residencia como de la fuente. Este modelo procura gravar las ganancias devengadas de todo el activo cuando se produce un traspaso del control a raíz de la venta de una participación cuyo valor proceda principalmente (esto es, más del 50 %) de dicho activo, es decir, el activo inmueble local. Las pérdidas también deberían reconocerse en los casos en los que no haya ganancias devengadas y deberían estar sujetas a las normas de utilización de pérdidas correspondientes (según corresponda). No es infrecuente la tributación de las ganancias

de capital no realizadas derivadas de los residentes fiscales. El ejemplo más reciente de gravamen de las ganancias de capital no realizadas de contribuyentes corporativos son las disposiciones fiscales de salida de la Unión Europea, que están siendo aplicadas por sus 28 Estados miembros⁶¹.

- La obligación tributaria surge como consecuencia del traspaso del control, independientemente de que dicho traspaso se produzca a causa de una venta de acciones o participaciones comparables en el país o en el extranjero. Un traspaso técnico directo o indirecto de la propiedad debido a una reorganización de la empresa no debería activar la obligación tributaria. Esto debería aclararse aún más mediante la inclusión de excepciones claramente redactadas con respecto a los casos que no tienen por objeto activar la norma de obligación tributaria.
- La obligación tributaria también se activa independientemente de la magnitud de la participación que se venda, pero, lo que es más importante, solo en la medida en que la venta en cuestión provoque el correspondiente traspaso de control (o sea, en más del 50 %), ya sea por sí misma o cuando se acumule con ventas anteriores. Es decir, no se establece un umbral *de minimis* estipulando, por ejemplo, que la obligación tributaria solo surgiría si la venta que da lugar al traspaso del control equivale a una venta de una participación del 10 % o más del activo. Con esto se busca limitar las oportunidades que se generarían para la evasión fiscal (como, por ejemplo, ventas escalonadas) si en este modelo se estableciera un umbral importante respecto de la participación en el activo.
- El traspaso del control se determina en referencia a la propiedad directa o indirecta, lo que permite seguir el rastro a través de las entidades holding intermedias situadas entre la entidad local propietaria del activo y el emisor último de las acciones que son objeto de la venta efectiva. Una persona puede disfrutar de los beneficios de la propiedad, ya sea sobre la base de la propiedad económica/efectiva o legal del activo. La disposición pertinente podría incluir además definiciones de lo que se entiende por los términos "propiedad" o "traspaso de propiedad" a los efectos de esta disposición para garantizar que el término "propiedad" no se interprete de manera demasiado restrictiva (es decir, estrictamente formalista). Por lo demás, este modelo podría eludirse fácilmente mediante la creación de estructuras que entrañen traspasos de propiedad económica o efectiva, mientras que la propiedad legal sigue correspondiendo a las mismas entidades jurídicas.
- Cuando se produce un traspaso del control, en este modelo se considera que la entidad local propietaria del bien enajena sus activos a su valor de mercado. El valor de mercado

⁶¹ Esta norma se introdujo como parte de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal. Esta norma activa la tributación de las ganancias de capital no realizadas en los casos de traslado de la residencia fiscal de la empresa o en los casos de transferencia de activos o actividades comerciales de una jurisdicción a otra. Para eliminar la posible doble tributación, esta norma también prevé un aumento del valor de los activos sujetos a ella y la posibilidad de aplazar temporalmente o cumplir parcialmente de forma gradual esta obligación tributaria para hacer frente a los problemas de liquidez.

de los activos locales que se consideran vendidos podría determinarse administrativamente recurriendo a supuestos y ajustes basados en el precio al cual se vendieron las acciones, con el argumento de que su valor se deriva del valor de los activos locales. Asimismo, podría adoptarse y aplicarse una norma de distribución, de modo tal que el precio pagado por las acciones (suponiendo que la venta se efectúe en condiciones de plena competencia) se asigne adecuadamente entre los activos que posee la entidad local. En la práctica, se reconoce que estos ejercicios inherentes a la valoración son difíciles de realizar, sobre todo en los casos en que los activos en cuestión relacionados con bienes inmuebles subyacentes derivan su valor de los precios de los productos básicos, insumos aportados de manera central (por ejemplo, experiencia técnica y gerencial) y otras participaciones accionarias del grupo. Adicionalmente, el país del activo puede consolidar su legislación interna basada en el modelo 1 exigiendo a la entidad residente que informe el precio de las acciones. A los efectos de determinar el valor de mercado, es importante señalar que los activos de la entidad deben valorarse como un conjunto de activos que forman una empresa en funcionamiento, lo que también permitiría reflejar el valor en los casos en que ese valor no sea claramente atribuible a ningún activo específico reconocido en los estados financieros (que siguen un enfoque más restrictivo para el reconocimiento de los activos en el balance). Si se tomaran en consideración únicamente los activos individuales identificados en los estados financieros, a efectos tributarios no se reconocería un valor significativo de los activos de la empresa y podría no lograrse el objetivo de política tributaria de esta medida. Esto puede requerir normas especiales de contabilidad tributaria, así como orientación sobre la forma de abordar la revaluación de los activos, además del posterior tratamiento tributario, incluida la futura depreciación/amortización de las categorías de activos pertinentes.

- No obstante, a los efectos impositivos, la enajenación es solo implícita (y no efectiva). En consecuencia, la entidad local dueña del activo continuará siendo la propietaria legal de dicho bien una vez que se considere que se ha producido la enajenación. Para evitar la doble tributación, en este modelo se considera que la entidad local propietaria vuelve a adquirir los activos a su valor de mercado. Esto significa que el costo impositivo de esos activos se equipara con el valor de mercado, lo cual resulta importante para garantizar que, de producirse otro traspaso de control, no se genere una doble tributación en el país del activo. El efecto del aumento es, por lo tanto, neutralizar la doble tributación en el país del activo. También conduce efectivamente al resultado de que, con el tiempo, se mitiga la posible doble tributación económica internacional. Esto no se logra mediante un alivio inmediato para el mismo contribuyente, sino mitigando los efectos económicos de esta posible doble imposición internacional por parte de la entidad propietaria de los activos pertinentes, cuando se tienen en cuenta los valores incrementados de los activos para determinar su base tributaria a través de la depreciación, la amortización u otras deducciones relacionadas con los valores de esos activos pertinentes.
- En este modelo también se restablecen los pasivos para facilitar la administración. Esto implica que se restablece todo el balance, y no solo los activos pertenecientes a la entidad

local, dado que, de este modo, los pasivos se reconocerían a su valor histórico y dificultarían el cumplimiento. Del mismo modo, no se espera que se realicen ganancias ni pérdidas sobre un pasivo en los casos ordinarios, en los que el valor de mercado de dicho pasivo es igual al valor nominal.

Tal como se señaló antes, el modelo constituye un conjunto simplificado de disposiciones legislativas que no abordan asuntos más complejos como reorganizaciones societarias, accionistas minoritarios, mecanismos de empresa conjunta, dificultades inherentes a la valoración, títulos que cotizan en bolsa y tratamiento de pérdidas. El conjunto de disposiciones que finalmente adopte el país del activo deberá adaptarse para reflejar las circunstancias individuales del país en cuestión, incluidos sus entornos de políticas tributarias nacionales e internacionales. Ese conjunto de disposiciones podría contener normas que respondieran a preocupaciones legítimas, por ejemplo, diversas hipótesis de cotización en las que el traspaso de propiedad se genera mediante una oferta pública inicial, en las que los accionistas originales pueden no obtener un beneficio directo en forma de ingresos derivados de la venta de acciones, sino que el objetivo es reunir capital para el desarrollo ulterior de proyectos subyacentes. Si se aplicara este modelo en tal escenario, los nuevos accionistas verían caer inmediatamente el valor de su inversión en la proporción del impuesto activado por la oferta pública inicial.

Normas sobre la aplicación y recaudación

En este modelo, la entidad local propietaria de los activos permanece sometida a las normas de cumplimiento aplicables a los contribuyentes residentes. No es necesario establecer normas específicas sobre aplicación y recaudación (ni recurrir a la asistencia de tratados sobre recaudación) como las que se requieren para subsanar las dificultades significativas que conlleva cobrar el impuesto cuando las transacciones involucran a dos entidades no residentes. Con arreglo a este modelo, la autoridad tributaria del país donde se encuentra ubicado el activo puede utilizar todas las herramientas de aplicación contra la entidad local propietaria de los activos (por ejemplo, aplicar sanciones por el incumplimiento de la obligación de declarar y pagar impuestos respecto de la ganancia estimada, y activar los instrumentos de aplicación habituales de que dispone, como la incautación o congelación de los activos locales y su posible venta para liquidar una obligación tributaria pendiente). Sin embargo, el modelo 1 requiere una orientación administrativa clara y potencialmente detallada para establecer el método de valoración o el enfoque administrativo correspondiente mediante el que determinar los valores de mercado pertinentes a fin de garantizar que haya claridad y certidumbre para los contribuyentes y una explicación nítida para las administraciones tributarias sobre la forma de administrarlo.

Ventajas y desventajas del modelo 1

Las principales ventajas de este modelo son las siguientes:

- Mayor capacidad para aplicar y recaudar el impuesto, dado que se considera que las ganancias imponibles fueron realizadas por la entidad local propietaria de los activos (y

no por un no residente). Esto significa que la autoridad tributaria puede utilizar contra dicha entidad local todas las herramientas de aplicación de las que dispone.

- En los casos en que posteriormente se produzca otro traspaso del control, no debería generarse doble tributación en el país donde se encuentra ubicado el activo, dado que la base de los activos locales que se consideran enajenados se ajusta para equipararla al valor de mercado en manos de la entidad local propietaria de los activos.
- En el modelo de la enajenación implícita, las ganancias consisten en beneficios de fuente local realizados por una entidad local residente. En consecuencia, la potestad tributaria del país del activo no debería verse afectada por un tratado tributario.

Las principales desventajas de este modelo son las siguientes:

- Puede argumentarse que, si se estableciera un tratado tributario, se generarían de todos modos ciertas limitaciones, puesto que el gravamen es, en esencia, un impuesto del país de la fuente que se activa a raíz de la venta en el extranjero de una participación (por ejemplo, acciones). Sin embargo, en la actualidad ha quedado demostrado fehacientemente que no se ve afectada la potestad tributaria de los países con respecto a sus residentes fiscales. Esto también lo han confirmado los recientes cambios introducidos en los MCT de la OCDE y de la ONU, a saber, la introducción del párrafo 3 del artículo 1, donde se confirma el principio general de que la convención no restringe el derecho de un Estado contratante a someter a imposición a sus propios residentes, salvo cuando ello esté así previsto, y se enumeran las disposiciones respecto de las cuales ese principio no es aplicable⁶².
- Además, en los casos en que la motivación de la transferencia indirecta sea la evasión fiscal, puede considerarse la inclusión en los tratados de otras disposiciones contra el abuso, como las que se reflejan en las normas mínimas de BEPS para contrarrestar el uso del tratado más favorable. Esto podría incluir un artículo sobre limitación de beneficios o una prueba de propósito principal, preferiblemente en un tratado tributario o, si procede, como disposición de una ley nacional que invalide un tratado, si el vendedor no residente es una empresa que se ha establecido en un país signatario de un tratado a los efectos de obtener los beneficios que este estipula (suponiendo que no haya limitaciones constitucionales para hacerlo a través de la ley nacional).
- Podría generarse doble tributación si el país de residencia del vendedor extranjero de la participación gravara las ganancias realizadas por dicho vendedor a partir de la venta. En este caso, en el país del vendedor no podría recurrirse a las desgravaciones de impuestos extranjeros, dado que, en el país del activo, la obligación tributaria corresponde a la entidad local propietaria de los activos, y no al vendedor extranjero, a quien en este modelo el país de la fuente no cobra gravamen alguno. Sin embargo, estas inquietudes

⁶² Para más detalles, véase el comentario al párrafo 3 del artículo 1 de los MCT de la OCDE y de la ONU.

sobre la doble tributación no se plantearían en los casos en los que el país de residencia del vendedor extranjero opere con un sistema tributario territorial o que, de lo contrario, excluya dichas ganancias extranjeras de su base tributaria nacional (por ejemplo, mediante una exención de la participación o debido a que el país de residencia es una jurisdicción de nivel impositivo bajo o nulo). En la actualidad, los países de residencia tienden a adoptar, o avanzar hacia, un sistema tributario más territorial. En los casos en que este modelo da lugar a una doble tributación internacional, es preciso señalar que se trataría de un caso de doble imposición económica, en el que participaría una entidad vendedora por un lado (posiblemente con la participación de varios países) y la entidad propietaria de los activos pertinentes por el otro. Si bien en virtud de las normas internacionales vigentes no existe un mecanismo especial para la eliminación de este tipo de doble tributación económica, cabe señalar que los países afectados podrían seguir participando en negociaciones bilaterales en el marco de procedimientos de acuerdo amistoso, como se prevé en el párrafo 3 del artículo 25 de los MCT de la OCDE y de la ONU. Además, como se ha señalado anteriormente, el efecto económico de esta doble tributación económica se verá atenuado con el tiempo por el beneficio que se obtendrá al aumentar los valores de los activos pertinentes en la jurisdicción que aplica este modelo.

- Dado que la entidad que posee directamente el activo no recibe el dinero de la transferencia de las acciones o de la participación comparable, pueden surgir dificultades vinculadas con el cobro efectivo del impuesto cuando la entidad carezca de la liquidez necesaria para pagar su obligación fiscal. Sin embargo, en términos prácticos, se espera que las partes (en particular el comprador) adopten las precauciones necesarias para garantizar que la entidad local dueña de los activos cuente con los fondos suficientes para cumplir con su obligación fiscal y evitar así que la autoridad tributaria tome medidas contra los activos locales. (Estas podrían consistir, por ejemplo, en conseguir que el vendedor acepte invertir fondos en la entidad local propietaria de los activos —como puede ser mediante un préstamo— y exigir al vendedor que dé instrucciones al comprador para que pague una parte del precio de compra directamente a la entidad local propietaria de los activos en la liquidación de la transacción de venta para adelantar ese préstamo). El efecto negativo en la liquidez de la imposición de una obligación tributaria inmediata podría abordarse mediante un aplazamiento a corto plazo de la obligación de pago, que podría aplazarse o extenderse a lo largo de un período de 3 a 5 años para permitir al contribuyente cumplir su obligación de pago —que puede ser considerable—, en particular para abordar cualquier preocupación relativa a la capacidad de pago, dado que los ingresos fueron efectivamente obtenidos por el vendedor no residente.
- En este enfoque se socava la distinción legal entre la entidad local propietaria de los activos y los diversos niveles pertinentes de las entidades matrices. Asimismo, ante la ausencia de acuerdos generales de accionistas, este enfoque también derivaría en la exposición de accionistas minoritarios a la obligación tributaria subyacente en

circunstancias en las que la obligación tributaria se activa mediante la venta por parte de un accionista mayoritario de sus propias acciones controlantes. No obstante, dichos accionistas minoritarios también se beneficiarían del aumento del valor de mercado de los activos locales (incluidos los activos amortizables) en manos de la entidad local dueña de los activos.

- Este planteamiento requiere, desde el punto de vista práctico, que la entidad local que posee los activos haga el seguimiento de sus propios traspasos de propiedad.

Los méritos del modelo 1, la relativa facilidad de aplicación y la simplicidad del ajuste necesario de la base, pueden resultar especialmente atractivos para los países de menor capacidad. Cabe señalar que, en este modelo, las normas sobre la fuente que se adopten en el país *L* donde se encuentran ubicados los activos deberán diseñarse y redactarse de modo tal que no se considere que la TIT que desencadenó el traspaso de control procede del país *L*. De manera alternativa, habría que establecer una norma de ordenación para aclarar en qué situación se aplicaría la norma sobre la fuente y en qué situaciones se aplicaría la norma sobre la enajenación implícita, con el fin de garantizar que ambas no se apliquen al mismo tiempo. De lo contrario, si la venta efectiva del derecho de participación transnacional se tratara como si procediera del país *L*, surgiría una doble tributación, aplicada a la misma transacción en el mismo lugar, como resultado de que se grava tanto a quien se considera residente como a quien es efectivamente no residente en el país *L*. A continuación se analizan, como parte del modelo 2, los detalles de una norma diseñada y redactada para imponer la obligación fiscal primaria sobre el vendedor no residente del derecho de participación, y no sobre el propietario local del activo (en el marco de un modelo de tributación de no residentes).

C. Modelo 2: Se grava al vendedor no residente

En este modelo⁶³, el país *L* busca cobrar un impuesto al vendedor no residente con el argumento de que la transferencia da lugar a una ganancia de fuente local en el país *L*. Entre los países que han decidido gravar las TIT, este modelo (o alguna de sus variantes) es el que se ha adoptado con mayor frecuencia. En él, las normas sobre la fuente se vuelven fundamentales para determinar cuándo surge la obligación tributaria en el país donde se encuentra el activo. Esto se debe a que, por lo general⁶⁴, los no residentes solo deben pagar impuestos sobre los ingresos derivados de fuentes situadas en ese país específico. Como ejemplo, puede considerarse aplicar una norma sobre la fuente similar a la que se expone en el recuadro 6 cuando se busque imponer un gravamen a un no residente respecto de una ganancia realizada por la venta de una participación indirecta en un activo inmueble situado en el país *L*.

⁶³ Véase también Toledano y otros (2017) con respecto al diseño y la implementación del modelo 2.

⁶⁴ Aquí se parte del supuesto de que el sistema tributario del país del activo está estructurado conforme a normas internacionales como las contenidas en los modelos de tratados, pero también incluidas en la legislación interna del país del activo o en sus normas sobre la fuente de los ingresos.

Recuadro 6: Norma sobre la fuente

Las siguientes sumas se derivan de fuentes situadas en el país *L*:

- a) Ganancias procedentes de la enajenación de:
 - i) un bien inmueble en el país *L*;
 - ii) acciones o un derecho de participación comparable si, en cualquier momento durante los 365 días previos a la enajenación, más del 50 % del valor de las acciones o del derecho de participación se deriva, directa o indirectamente, a través de una o más entidades intermedias, de bienes inmuebles situados en el país *L*.

Como se señaló anteriormente, la norma sobre la fuente puede combinarse con una norma sobre los activos imponible. La práctica reflejada en el artículo 13(4) de los MCT de la OCDE y de la ONU consiste en permitir gravar la totalidad de las ganancias cuando el valor de la participación indirecta se derive en su mayoría (esto es, más del 50 %) de bienes inmuebles locales. Cuando este sea el caso, puede utilizarse simplemente la norma sobre la fuente (véase más arriba). Como alternativa, para confirmar y respaldar este tratamiento, puede recurrirse a una norma sobre activos imponible en la que, de modo similar, se disponga que la totalidad de las ganancias sea imponible cuando el valor del derecho de participación indirecta se derive en su mayoría (más del 50 %) de bienes inmuebles locales. Esta norma podría también diseñarse y redactarse de modo tal que se aplique de manera proporcional (por ejemplo, aplicando impuestos únicamente a las ganancias atribuibles a bienes inmuebles locales, a diferencia de la totalidad de las ganancias) o de forma prorrateada modificada cuando se alcance un umbral más bajo (por ejemplo, el 20 % de las ganancias se deriva de bienes inmuebles locales, en lugar del 50 % o más). En Kenya se ha adoptado un mecanismo proporcional modificado de este tipo para el sector de las industrias extractivas. Cuando se establece un umbral más bajo, por lo general resulta más adecuado aplicar el impuesto solo en forma proporcional. En el recuadro 7, que figura a continuación, se expone como modelo un conjunto de disposiciones legislativas internas que reflejan estos dos enfoques.

Recuadro 7: Norma sobre activos imponibles. Tributación completa y proporcional

- 1) El ingreso imponible de una persona incluye las ganancias obtenidas por la realización de acciones o de una participación comparable si, en cualquier momento durante los 365 días previos a la enajenación, más del 20 % del valor de las acciones o de la participación se deriva, directa o indirectamente, a través de una o más entidades intermedias, de bienes inmuebles situados en el país *L*.
- 2) A los efectos de la subsección 1), el monto de la ganancia que deberá incluirse en el ingreso es el siguiente:
 - a) el monto total de la ganancia, si más del 50 % del valor de las acciones o la participación deriva (o derivó en cualquier momento durante los 365 días previos a la realización), directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el país *L*;
 - b) en cualquier otro caso, el monto calculado según la siguiente fórmula: $A \times B/C$.

donde:

- | | |
|----------|---|
| A | es el monto de la ganancia; |
| B | es el valor de las acciones o de la participación que se deriva, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el país <i>L</i> ; |
| C | es el valor total de la participación. |

Al formular y aplicar las disposiciones legislativas internas, se deberán tener en cuenta las obligaciones contenidas en los tratados tributarios vigentes. Sin embargo, como se expuso anteriormente, la potestad tributaria sobre las ganancias realizadas procedentes de transferencias indirectas transnacionales que deriven en su mayoría (más del 50 %) de bienes inmuebles locales está resguardada en términos generales en el artículo 13(4) de los modelos de convenio sobre tributación de la OCDE y de la ONU. Ambos convenios permiten al país del activo captar las ganancias derivadas de la venta de las tenencias intermedias en los distintos niveles. Es importante que las disposiciones legislativas internas del país del activo se diseñen y redacten de modo tal de resguardar esta potestad tributaria sobre los derechos de participación pertinentes que deriven más del 50 % de su valor, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el país del activo, tal como permiten los MCT. Como ya se ha señalado, los aspectos de valoración en la determinación de este umbral del 50 % son fundamentales, y puede ser necesaria una orientación práctica de la administración tributaria para establecer qué activos deben tratarse como bienes inmuebles a los efectos de esta disposición, qué métodos de valoración deben utilizarse y en qué medida deben considerarse el efectivo y los equivalentes de efectivo, especialmente si se inyectan en la empresa poco antes de la enajenación. A estos efectos, sería apropiado efectuar una prueba temporal, como se prevé en el artículo 13(4) de los MCT de la OCDE y de la ONU, para evitar que se realicen transacciones abusivas que diluyan el valor proporcional de los bienes inmuebles.

Se plantea asimismo la pregunta de si en la norma sobre el activo imponible debería definirse (y posiblemente acotarse) el alcance del derecho de participación que será objeto del gravamen. En este sentido, surgen tres opciones adicionales: i) imponer una obligación tributaria por la enajenación de todos los derechos de participación (incluidas también las participaciones en el activo inferiores a la mínima), siempre que más de la mitad del valor del derecho de participación enajenado derive de dicho activo; ii) imponer la obligación únicamente cuando se enajenaran participaciones más significativas (por ejemplo, del 10 % o más del activo), o iii) analizar si también debería aplicarse un umbral como complemento, basado en el valor nominal del derecho de participación (por ejemplo, aplicar la norma solo a los derechos de participación cuyo valor sea de USD 1 millón o más). Si se adoptara un porcentaje como umbral, podría inclinarse por el 10 %, dado que es el valor considerado norma internacional para distinguir entre inversiones directas y de cartera. Estos umbrales, si se adoptaran, podrían contribuir a minimizar los costos de aplicación y facilitar la administración. No obstante, es necesario redactar cuidadosamente el requisito referido a este umbral de participación, de modo de resguardar el objetivo normativo e impedir que surjan oportunidades para la elusión fiscal a través de las ventas escalonadas (esto es, vender múltiples paquetes de acciones que representen cada uno una participación de menos del 10 %).

Por último, los países pueden establecer exenciones en virtud de las cuales no se aplique el artículo 13(4) de los modelos de convenios sobre tributación de la OCDE y de las Naciones Unidas a ciertas ganancias de capital, por diversas razones. Como se explica en el comentario del artículo 13(4) del convenio de la OCDE, estas exenciones pueden referirse a las ganancias derivadas de la enajenación de i) acciones de empresas que cotizan en bolsa; ii) acciones en el curso de una reorganización societaria; iii) acciones cuyo valor deriva de un bien inmueble donde se realizan las actividades comerciales; iv) acciones en manos de fondos de pensiones, o v) el derecho de participación de un pequeño inversionista en un fideicomiso de inversiones inmobiliarias. Asimismo, en caso de que surja una pérdida (en lugar de una ganancia), dicha pérdida también podría reconocerse en el país *L* y estar sujeta a las normas de utilización de pérdidas correspondientes.

Normas sobre la aplicación y recaudación

En este modelo, los no residentes sujetos al pago del impuesto en el país *L* deben, por lo general, presentar su declaración fiscal en el país *L* donde se realiza la ganancia imponible en relación con la TIT. No obstante, es de esperar que el nivel de cumplimiento de esta obligación sea bajo. Aun cuando la autoridad tributaria del país *L* disponga de algunos instrumentos de aplicación (como se señaló anteriormente), es posible que resulte difícil aplicarlos cuando se trate de la obligación tributaria de un no residente (a diferencia de las obligaciones tributarias de un residente), en particular cuando los ingresos derivados de la enajenación del derecho de participación han salido del país del activo (o nunca estuvieron en él) y la entidad transnacional que efectúa la transferencia no posee de manera directa ningún otro activo en el país *L* que pueda utilizarse para cumplir o garantizar el cumplimiento de la obligación tributaria. En consecuencia, será necesario diseñar, redactar e implementar mecanismos adicionales de aplicación y recaudación adecuados para estas situaciones.

También pueden elaborarse disposiciones legales de protección para respaldar la labor de aplicación y recaudación de la autoridad tributaria. Entre dichas medidas podrían figurar las dirigidas a restringir el registro, la renovación o la validez de los activos subyacentes en cuestión (por ejemplo, licencias extractivas) en los órganos de registro gubernamentales o en otras entidades de registro y concesión de licencias, a menos que se hayan cumplido los requisitos de notificación aplicables o se haya proporcionado evidencia suficiente para demostrar que no corresponde pagar el impuesto, o que ya se ha pagado el impuesto pertinente, o bien que se ha dispuesto lo necesario para el pago de dicho tributo.

Retenciones

Varios países emplean un mecanismo de retenciones para cobrar impuestos sobre las ganancias de un vendedor no residente. Se puede diseñar y redactar un régimen especial de retenciones fiscales aplicable a los pagos para vendedores no residentes. Las retenciones impositivas pueden representar la totalidad o una parte de la obligación tributaria (o posiblemente una estimación) de quien recibe el pago. La retención debe extraerse del pago que efectúa el pagador y entregarse a la autoridad tributaria del país del activo.

Se puede diseñar un régimen para imponer retenciones de impuestos por parte del pagador, como un cargo definitivo o no definitivo para el beneficiario. Una retención final representa la obligación tributaria final de la persona que recibe el pago al que se aplica la retención. Los regímenes de retenciones finales se utilizan comúnmente para los pagos brutos de dividendos, intereses y regalías a no residentes. En cambio, las retenciones que no son finales se recaudan como estimación del monto total que deberá pagar el receptor en concepto de impuesto sobre la renta. Por lo general, el receptor debe, de todos modos, presentar su declaración de impuestos y pagar el saldo que haya quedado pendiente una vez reclamado el crédito por el equivalente a la suma retenida (o recibir un reembolso, si el monto retenido excede el impuesto que debe pagar). Regularmente, las retenciones establecidas en los regímenes aplicables a las TIT no se diseñan como finales. Las TIT están sujetas a regímenes de retenciones

en varias jurisdicciones, entre ellas, Estados Unidos, Canadá, India, China y Australia.

El régimen de retenciones puede contemplar excepciones en determinadas circunstancias, a fin de minimizar los costos de aplicación. Las exenciones podrían incluir, por ejemplo, las transacciones por un valor inferior a un umbral mínimo preestablecido (una opción indicada anteriormente), las vinculadas con títulos que cotizan en bolsa o las transacciones para las cuales la autoridad tributaria del país *L* hubiera emitido un certificado en el que confirmara que no se exige retener monto alguno en esas circunstancias específicas (por ejemplo, en razón de que se vende el activo para compensar una pérdida, etc.). En el recuadro 8 se expone un modelo de régimen de retenciones fiscales.

En el contexto de las TIT, es necesario tener en cuenta una serie de cuestiones en relación con la adopción de un régimen de retenciones fiscales. Por ejemplo, como suele ser el caso, si el comprador también es no residente, surgen riesgos similares de incumplimiento. Como ya se señaló, la retención solo puede cobrarse como estimación del monto final que deberá pagar el vendedor en concepto de impuesto sobre la renta (dado que es improbable que el comprador conozca la suma real de la ganancia que obtendrá el vendedor). Por tal motivo, la retención incrementa necesariamente la carga que representa el cumplimiento tanto para el comprador (que está sujeto a la obligación de efectuar la retención) como para el vendedor (que tiene que presentar su declaración de impuestos y determinar el saldo pendiente que deberá pagar o el reembolso que deberá recibir después de reclamar el crédito por el monto retenido), si bien esta carga puede ser manejable. En este sentido, a menudo se considera que el riesgo de incumplimiento de la obligación de efectuar una retención en el contexto de las TIT (en particular, cuando el comprador también es no residente) se minimiza debido a que es probable que un comprador prudente no acepte ni facilite la evasión de las obligaciones tributarias del vendedor (y, por lo tanto, es más probable que cumpla con su deber de retener el impuesto). Por otro lado, si el comprador no efectuara la retención, se expondría a recibir sanciones y a la posible confiscación del activo local por parte de las autoridades tributarias. Asimismo, este comportamiento derivaría en ganancias inesperadas para el vendedor si el comprador no pudiera recuperar de este el monto de la multa que ha debido pagar. En este sentido, el mecanismo de retención fiscal genera en el comprador el interés por garantizar el cumplimiento tributario del vendedor respecto de la transacción.

Recuadro 8: Norma sobre la aplicación y recaudación. Retención fiscal

- 1) Una persona debe aplicar la retención fiscal en el porcentaje establecido en los siguientes casos:
 - a) cuando paga un monto a otra persona (el receptor) por la adquisición de acciones o participaciones comparables y
 - b) más del 50 % del valor de las acciones o las participaciones comparables mencionadas en el párrafo a) se deriva, directa o indirectamente, a través de una o más entidades intermedias, de un bien inmueble situado en el país L.
- 2) La persona (el agente de retención) debe pagar el monto a la administración tributaria el día en que se convierte en propietario de las acciones o de la participación comparable, o bien en una fecha anterior, y debe presentar una declaración de la manera y en el formato establecidos.
- 3) El agente que no retenga el impuesto de conformidad con lo establecido en esta sección deberá, de todos modos, pagar el monto que tendría que haber retenido, de la misma forma y en el mismo momento en que se paga el impuesto retenido.
- 4) Cuando el agente no retiene el impuesto extrayéndolo del pago, conforme a lo establecido en esta sección,
 - a) el receptor es conjunta y solidariamente responsable junto con el agente de retención por el pago del impuesto a la autoridad tributaria;
 - b) el receptor deberá pagar el impuesto inmediatamente después de que el agente de retención se convierta en propietario de las acciones o de la participación comparable.
- 5) Se considerará que el agente que retenga el impuesto conforme a lo establecido en esta sección y pague el importe correspondiente a la administración tributaria ha pagado el monto retenido al receptor a los efectos de todo reclamo que pudiera efectuar este por el pago del monto retenido.
- 6) El agente que no retiene el impuesto conforme a lo establecido en esta sección pero paga a la administración tributaria el impuesto que debería haber retenido según lo establecido en la subsección 3) tiene derecho a recuperar un monto equivalente solicitándolo al receptor.
- 7) Se considerará que el receptor ha pagado los impuestos
 - a) retenidos y extraídos del pago conforme a lo dispuesto en esta sección, o
 - b) pagados según lo establecido en las subsecciones 3) o 4).
- 8) El receptor tiene derecho a recibir un crédito fiscal por el monto equivalente al impuesto considerado pagado en virtud de lo que se dispone en la subsección 7) para el año correspondiente al pago.

Notificación y tributación a través de agentes

Si no se adopta un régimen de retenciones, puede contemplarse la posibilidad de implementar otras dos medidas de aplicación y recaudación, de modo que la autoridad tributaria pueda estar al tanto de las enajenaciones y posteriormente exigir el cumplimiento del

impuesto y recaudar el pago correspondiente. Esto supone diseñar y establecer las siguientes dos obligaciones:

- a) la obligación de notificar/informar;
- b) la obligación de una entidad situada en el país del activo de pagar el impuesto en calidad de agente del no residente.

La obligación de notificar/informar es importante no solo para optimizar una evaluación, sino también para analizar otros modos posibles de recuperar los impuestos correspondientes a la transferencia que hayan quedado impagos, por ejemplo, mediante un artículo referido a la asistencia para la recaudación de impuestos en los tratados tributarios aplicables o a través de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE. Por otro lado, la obligación de que una persona o entidad residente efectúe el pago en calidad de agente del no residente permite a la autoridad tributaria utilizar todas sus herramientas de aplicación contra dicho residente. Recientemente, en Kenya y Fiji se han establecido mecanismos legislativos de este tipo para el sector de las industrias extractivas. En el recuadro 9 se incluye un modelo de disposiciones legislativas de esta índole. A efectos ilustrativos, las disposiciones que allí se presentan se aplican a las tenencias de participaciones directas del 10 % o más.

Recuadro 9: Norma sobre la aplicación y recaudación. Notificación y cobro de impuestos sobre derechos de participación no incluidos en cartera a través de agentes

- 1) La subsección 3) se aplica cuando la propiedad directa o indirecta de una entidad mencionada en la subsección 2 se modifica en un 10 % o más.
- 2) La entidad a la que se aplica la subsección 1) es aquella en la cual, en cualquier momento de los 365 días previos a la modificación en la composición de la propiedad directa o indirecta, el valor de las acciones o derechos de participación comparables por ella emitidos deriva en más del 50 %, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el país L.
- 3) Cuando se aplica esta subsección, la entidad:
 - a. debe notificar esta modificación de inmediato y por escrito a la administración tributaria;
 - b. es responsable, en calidad de agente de un no residente que enajena la participación a la que se refiere la notificación mencionada en el párrafo a), de los impuestos que deba pagar el no residente en virtud de esta ley respecto de dicha enajenación.
- 4) La subsección 3) b) no se aplica a la enajenación de acciones que coticen oficialmente en alguna bolsa de valores reconocida del país L*.
- 5) Todo impuesto pagado por la entidad en nombre de un no residente conforme a lo establecido en la sección 3) se deberá imputar a la obligación tributaria de dicho no residente en virtud de la presente ley.

* Esta exclusión refleja el hecho de que es improbable que las partes pertinentes puedan establecer mediante un convenio legal el modo en que se distribuirá entre ellas la carga final del impuesto cuando las acciones se venden en una bolsa de valores.

Ventajas y desventajas del modelo 2

Las principales ventajas del modelo 2 son las siguientes:

- Resguarda de forma más ajustada la distinción legal independiente, consagrada en las normas vigentes, entre la entidad local propietaria de los activos y la entidad holding o matriz.
- Se resguardan los mecanismos para evitar la doble tributación en el país de residencia del vendedor, dado que puede aplicarse la desgravación de los impuestos extranjeros en virtud de que el vendedor transnacional está principalmente sujeto al impuesto que se cobra en el país del activo sobre las ganancias realizadas de la venta.

Las principales desventajas son las siguientes:

- Tiene una menor capacidad para hacer cumplir y cobrar el impuesto, dado que las ganancias imponibles son realizadas por el vendedor no residente (y no por una entidad local, como en el modelo de enajenación implícita). Sin embargo, esto podría subsanarse en parte utilizando el mecanismo de retenciones o de tributación a través de agentes.
- En el enfoque en el que se emplean agentes, se da por sentado que el propietario directo situado en el país *L* puede siempre estar al tanto de cuando se efectúa una transacción que da como resultado una modificación del 10 % o más de la composición de la propiedad subyacente de la entidad.
- Puede surgir la doble tributación en el caso de una venta posterior de derechos de participación en otras entidades que poseen indirectamente los activos, debido a que no se ajusta el valor de las acciones o los intereses de esas entidades para equipararlo al de mercado. No obstante, esta es una característica general que suele surgir cuando hay múltiples estructuras de propiedad en varios niveles, ya sea dentro del país o transnacionales.
- Aun cuando se hayan establecido leyes internas adecuadas, la potestad tributaria del país *L* podría verse limitada en este modelo por un tratado tributario aplicable (a menos que se lo invalidara mediante la legislación interna), si este no incluyera un artículo similar al 13(4) de los modelos de la OCDE y de las Naciones Unidas.

D. Definición de “bienes inmuebles”

En todos los enfoques anteriormente expuestos, es esencial establecer una definición

adecuada de "bienes inmuebles" para lograr la aplicación eficaz de la norma elegida sobre obligación tributaria y de las normas conexas sobre aplicación y recaudación. Una definición de "bienes inmuebles" que sea adecuadamente clara resultará pertinente tanto para el modelo 1 como para el 2, y ambos pueden extender esa definición para abarcar una categoría de "bienes inmuebles" todavía más amplia que la tradicional. En el recuadro 10 se incluye un modelo de definición de "bien inmueble":

Recuadro 10: Modelo de definición de "bien inmueble"

La expresión "bien inmueble" incluye* las mejoras estructurales en la tierra o en las construcciones, las participaciones en la tierra o en las construcciones y las participaciones en una mejora estructural en la tierra o las construcciones, y abarca también lo siguiente:

- a) el arrendamiento de tierras o construcciones;
- b) el arrendamiento de una mejora estructural en las tierras o las construcciones;
- c) el derecho de exploración, prospección, desarrollo u otro derecho similar vinculado con tierras o construcciones, incluido el derecho a explorar en busca de depósitos minerales, de petróleo o gas, u otros recursos naturales, y el derecho a extraer, desarrollar o explotar esos depósitos o recursos, de tierra adentro o de las aguas territoriales del país *L*, o
- d) la información vinculada con un derecho al que se ha aludido en el párrafo c).

* Esta definición ha sido redactada con criterio inclusivo, y en ella se da por supuesto que abarcará, dentro del significado ordinario de "bien inmueble", todas las nociones tradicionales de bienes raíces (por ejemplo, tierras, construcciones y minas, etc.).

Una definición de "bienes inmuebles" que se limite a las nociones tradicionales de bienes raíces en la forma de tierras y construcciones puede resultar demasiado restrictiva. Tal definición no permitiría al país *L* ejercer su potestad tributaria sobre ganancias habituales obtenidas en el contexto de las industrias extractivas, como las derivadas de las licencias para explorar, desarrollar y explotar los recursos naturales situados en el país *L*. En consecuencia, los países deberían considerar definir en su legislación nacional el término "bien inmueble" de modo tal de incluir como mínimo lo siguiente:

- bienes raíces (en el sentido más limitado);
- recursos minerales y petroleros, y otros recursos naturales;
- derechos (como los que se plasman en licencias) para explorar en busca de recursos naturales, desarrollarlos y explotarlos, así como la información vinculada con esos derechos.

Será también importante contar con una definición en el derecho interno de "bienes inmuebles" en el contexto de la aplicación de un tratado tributario. Esto se debe a que, según la norma básica establecida en los modelos de convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas, como se ha subrayado anteriormente, el término "bienes inmuebles" tiene el significado que le atribuye el derecho interno (tributario o de otro tipo) del Estado contratante en que esté situada la propiedad en cuestión. Las disposiciones pertinentes de los modelos de

convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas también establecen que los bienes que son accesorios de los bienes inmuebles deben tratarse como bienes inmuebles a los efectos de la aplicación de las disposiciones de los tratados tributarios. Esto es importante para determinar el valor proporcional de la transferencia indirecta que se deriva de la propiedad inmobiliaria, y es fundamental para la aplicación de ambos modelos. Además, la definición establece que los derechos sobre los bienes inmuebles, incluidos los derechos a beneficios económicos como el usufructo y los pagos derivados de los bienes inmuebles, deben tratarse como bienes inmuebles, lo que podría ser igualmente importante a los efectos de la valoración y la aplicación de las disposiciones pertinentes. Algunos países también se han reservado específicamente el derecho de modificar la definición pertinente de “bienes inmuebles” para incluir, por ejemplo, las acciones de empresas que obtienen su valor de los bienes inmuebles. Esa definición más amplia tiene claramente por objeto abordar las preocupaciones de política que plantean las transferencias indirectas⁶⁵.

La definición podría expandirse para abarcar una categoría más extensa de “bienes inmuebles” que el país L considere apropiado gravar. Como se señaló anteriormente, esto podría incluir, por ejemplo, las ganancias derivadas de rentas de un lugar específico y vinculadas claramente con activos nacionales, como las licencias para explotar bienes públicos (suministro de electricidad, gas u otros servicios públicos, las redes y el espectro de radiodifusión y telecomunicaciones, etc.)⁶⁶.

Puede contemplarse la posibilidad de ampliar aún más esta definición, de modo que abarque los derechos de recibir pagos variables o fijos en relación con los derechos de las industrias extractivas o derechos emitidos por el Gobierno con calidad exclusiva y territorial. De este modo, se garantizaría que las ganancias vinculadas con toda cesión posterior derivada de esos derechos subyacentes concedidos por el Gobierno del país L o en su nombre también permanecerán dentro de la base impositiva de dicho país L. No obstante, está claro que el concepto de “rentas de un lugar específico” es mucho más fácil de concebir en términos económicos que de transmitir en lenguaje jurídico. Esta es un área que requiere análisis ulteriores. Asimismo, será importante que un país cumpla con sus obligaciones de buena fe con respecto a la interpretación de los tratados tributarios si el país decide ampliar su definición de “bienes inmuebles” cuando los tratados tributarios existentes están vigentes. Si bien un país puede cambiar la definición de un término utilizado en su legislación interna (que también se utiliza en las disposiciones de los tratados, pero que no se ajusta específicamente para propósitos del tratado), los países deberían asegurarse de que las modificaciones o prórrogas sean compatibles

⁶⁵ Véanse las reservas expresadas por los países al MCT de la OCDE, que figuran en los párrafos 5 a 19 de los comentarios al artículo 6 del MCT de la OCDE.

⁶⁶ Puede ocurrir que una mayor capacidad para gravar las rentas generadas por restricciones gubernamentales tenga el efecto adverso de alentar la imposición de dichas restricciones. Esto constituye una preocupación razonable y significativa. No obstante, ya existen incentivos de este tipo: Auriol y Warlters (2005) han encontrado pruebas de que los Gobiernos de países de ingreso bajo tienden a crear barreras para concentrar los beneficios en grandes empresas, que son más fáciles de gravar. La cuestión práctica previa, en todo caso, puede radicar en garantizar los ingresos cuando es necesario establecer esos derechos para regular a los principales monopolios naturales.

con el contexto, y la posición negociada, de los tratados tributarios existentes que puedan estar vigentes cuando se realizan modificaciones o prórrogas. Las partes que han celebrado tratados deberían consultarse mutuamente sobre este aspecto.

VI. CONCLUSIONES

En el presente informe y guía práctica se concluye que es apropiado que los países en los que se encuentran los activos tengan derecho a gravar las TIT, al menos en el caso de los activos de los que se puede derivar, de manera principal y considerable, una renta económica específica del lugar, incluidos aquellos que tradicionalmente se consideran “inmuebles” (los primeros pueden incluir, por ejemplo, recursos naturales, tanto activos físicos como derechos conexos, y los derechos relativos a licencias de telecomunicaciones específicas de un lugar u otras licencias). Esto es así independientemente de si se debe pagar en otro sitio un impuesto equivalente en relación con la transferencia. Es decir, el razonamiento que subyace a esta presunción implica que dicha tributación podría aplicarse no solo como instrumento antievasión para luchar contra la “doble no tributación”, sino que podría constituir un aspecto fundamental de las leyes fiscales de los países.

El fundamento para este enfoque, que de hecho adopta el utilizado en el artículo 13(4) de ambos modelos de tratados tributarios sobre una base económica más firme, se asienta en varios pilares. En términos de equidad, refleja un derecho ampliamente reconocido en relación con las transferencias directas de activos inmuebles. En términos de eficiencia, constituye un mecanismo de apoyo para gravar las rentas de un lugar específico, que, especialmente en países de ingreso bajo, otros instrumentos quizá logren solo de manera imperfecta, además de alentar la neutralidad entre las transferencias directas e indirectas. Asimismo, responde a presiones políticas en el caso de la venta de activos nacionales importantes que han originado medidas descoordinadas que ponen en peligro el funcionamiento eficaz y consensuado del sistema tributario internacional y pueden también dar lugar a incerteza tributaria.

Esto no significa que los países en los que se encuentran los activos deberían gravar siempre las TIT relacionadas. Pueden tener buenos motivos, dependiendo, por ejemplo, de su capacidad, necesidades de ingresos e intenciones de atraer inversiones extranjeras, para elegir no hacerlo, tal como es el caso de algunos países en la actualidad.

Las disposiciones de los dos MCT sugieren que goza de amplia aceptación el principio según el cual la facultad para gravar las ganancias de capital procedentes de las TIT de bienes “inmuebles” se asigne principalmente al país donde estos se encuentran ubicados. Sin embargo, hasta el año 2015, el artículo 13(4) figuraba en solo un 35 % de todos los TDT, y era menos probable que se lo incluyera cuando una de las partes era un país de ingreso bajo y rico en recursos. Hasta la fecha, el Instrumento Multilateral ha tenido un impacto positivo, pues se ha incrementado el número de tratados tributarios que incluyen el artículo 13(4) del MCT de la OCDE. Se espera que este impacto aumente, dado que es posible que nuevos actores decidan negociar o renegociar tratados y utilizar la redacción de esa disposición empleada en los modelos de las Naciones Unidas y de la OCDE de 2017, o bien firmar el Instrumento Multilateral y modificar sus tratados tributarios para incluir la nueva redacción del artículo 13(4).

No obstante, en el informe se hace también hincapié en que, sean cuales fueren los tratados que se apliquen, la potestad tributaria no puede respaldarse si en la legislación interna no se establece una definición adecuada de los activos que se busca gravar ni una base de legislación interna para hacer valer esa potestad tributaria. En el texto del documento, se han incluido modelos de este tipo de disposiciones legislativas.

Un elemento clave en este contexto es la definición adecuada del término “bien inmueble”. Este concepto no es especialmente significativo en términos económicos, ni siquiera administrativos. El análisis que aquí se incluye sugiere que un enfoque conceptual más útil consiste en identificar e incluir dentro de la definición los activos cuyo valor se deriva en gran parte de rentas de un lugar específico. Si bien sería preferible gravar esa renta de manera directa (como de hecho se aconseja habitualmente a los países), las imperfecciones del diseño y la aplicación de estos gravámenes puede dejar margen para establecer un valioso mecanismo de apoyo que permita gravar las ganancias vinculadas con los incrementos en el valor de dichas rentas. Esta visión sobre los aspectos económicos subyacentes apunta a la posibilidad de usar una definición de “bienes inmuebles” amplia que incluya una extensa variedad de transferencias referidas a los derechos concedidos por el Gobierno y que son capaces de generar ingresos considerables.

La cuestión práctica fundamental que plantean las TIT es la aplicación del impuesto en el país donde se encuentra el activo, la cual requiere una redacción cuidadosa de las disposiciones que lo establezcan. En este informe se describen los dos enfoques principales que pueden adoptarse para esto (y que difieren significativamente desde el punto de vista legal). En uno de estos métodos, se trata a la TIT como la enajenación implícita del activo subyacente. En el otro, se considera que el vendedor real efectúa la transferencia en el exterior, pero que la fuente de las ganancias de esa transferencia está situada en el país del activo, lo que le permite gravarlas. El presente informe brinda un modelo de texto simplificado que puede emplearse en la legislación interna del país del activo para establecer cada uno de estos enfoques.

Los países están respondiendo a los problemas que han encontrado con respecto a las TIT de maneras muy diferentes. Las medidas que han implementado difieren tanto en los activos que abarcan (bienes inmuebles, definidos de manera estrecha o amplia; otros activos como las telecomunicaciones; bienes intangibles, tales como acciones corporativas emitidas en relación con una empresa nacional, pero en manos de un residente no fiscal) como en los métodos que se usan para establecer el impuesto en términos legales.

Un enfoque más uniforme, coordinado y coherente para la tributación de las TIT, en caso de que los países opten por gravarlas, puede realizar una contribución sustancial a la coherencia en mecanismos tributarios internacionales y aumentar la certeza tributaria. La finalidad de este informe y guía práctica es ayudar a avanzar para lograr estas metas.

Apéndice A. Consultas

El primer borrador de este informe se publicó para recibir los comentarios del público desde agosto hasta fines de octubre de 2017 en inglés, francés y español. Durante ese tiempo, la PCT recibió y publicó en línea muchos comentarios escritos de 18 organizaciones del sector privado, grupos de la sociedad civil, Gobiernos de los países e individuos:

| | |
|---------------------|---|
| BIAC | Comité Asesor de Negocios e Industria de la OCDE |
| BMG | Grupo de Supervisión de la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (un consorcio de 7 organizaciones de la sociedad civil) |
| CBI | Confederación de la Industria Británica (Londres) |
| CCI | Cámara de Comercio Internacional |
| China | State Administration of Taxation, R.P. China |
| Deloitte LLP | (Londres) |
| India | (Gobierno) |
| ITIC | Centro Internacional de Impuestos e Inversiones (EE. UU. y otros) |
| Jubilee USA | Alianza de 700 grupos confesionales (EE. UU.) |
| KPMG | KPMG International (Reino Unido) |
| Philip Baker | (Reino Unido) |
| PwC | PricewaterhouseCoopers International Limited (Londres) |
| Repsol | (España) |
| Sergio Guida | Contador público certificado (Italia) |
| SVTDG | Silicon Valley Tax Directors Group (EE. UU.) |
| TEI | Tax Executives Institute (EE. UU.) |
| TPED | Transfer Pricing Economists for Development (París y Viena) |
| USCIB | Consejo de Estados Unidos para el Comercio Internacional (EE. UU.) |

El segundo borrador de este informe se publicó para recibir los comentarios del público desde julio hasta fines de septiembre de 2018. Durante ese tiempo, la PCT recibió y publicó en línea comentarios escritos adicionales de 11 grupos¹:

| | |
|------------------|--|
| BDI | Representación Comercial Alemana, Bruselas |
| BIAC* | Comité Asesor de Negocios e Industria de la OCDE |
| BMG* | Grupo de Supervisión de la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (consorcio de 7 organizaciones de la sociedad civil) |
| CCI* | Cámara de Comercio Internacional |
| E & M | Ernest & Martin (contadores públicos certificados, Nairobi, Kenya) |
| HSC | Hardeep Singh Chawla (abogados, Nueva Delhi, India) |
| India* | (Departamento de Impuestos, director de Estudios sobre Impuestos Extranjeros) |
| ITIC* | Centro Internacional de Impuestos e Inversiones (EE. UU. y otros) |
| PwC* | PricewaterhouseCoopers International Limited (Londres) |
| Repsol* | (“Una compañía energética global”, Madrid, España) |
| SG | (Sergio Guida, contador público certificado, Italia) |

Ambos grupos de comentarios están en línea (en inglés):

Primer grupo, de agosto a octubre de 2017

<http://documents.worldbank.org/curated/en/929161512460494261/pdf/121890-WP-PUBLIC-4-12-2017-15-45-0-ConsolidatedcommentsOIT.pdf>

Segundo grupo, de julio a septiembre de 2018

<http://documents.worldbank.org/curated/en/160931539636220558/pdf/128321-v3-ConsolidatedcommentsOITToolkitRound.pdf>

¹ El asterisco (*) indica que también se recibieron comentarios sobre el primer borrador.

Apéndice B. Comparación de transferencias directas e indirectas¹

Supongamos que el activo subyacente, negociado directamente, tiene un precio de mercado $P_0 = 0$ (para simplificar) cuando es adquirido por el propietario inicial, precio P_1 en el período 1, y precio $P_2 = (1 + \pi) P_1$ en el período 2.

Si el propietario vende el activo por sí mismo en el período 1, esto genera ingresos, netos del impuesto a las ganancias de capital en el país del activo cargado a la tasa G , de

$$P_1 - G(P_1 - P_0) = (1 - G)P_1. \quad (1)$$

Como alternativa, el propietario podría vender las acciones de la empresa propietaria del activo subyacente en el período 1, lo que generaría entradas netas, suponiendo que las acciones habían tenido inicialmente un valor nulo², de

$$V_1 - Z(V_1 - V_0) = (1 - Z)V_1. \quad (2)$$

donde Z es la tasa del impuesto que se cobra sobre la transacción con acciones en la jurisdicción en la que reside la empresa vendida. Para calcular el precio de las acciones V_1 , supongamos que en el período 2: i) la empresa vende el activo subyacente, por lo que incurre en impuestos en el país del activo, y distribuye los ingresos netos al propietario, ii) el propietario vende las acciones de la empresa adquiridas (de la que se ha retirado el activo) a precio de cotización V_2 y iii) el propietario salda (con deducción de intereses a una tasa tributaria T) la deuda en la que incurrió para financiar la adquisición de las acciones en el período 1. Con esto, el comprador obtiene en el período 2 un flujo de fondos neto de

$$P_2 - G(P_2 - P_0) + V_2 - Z(V_2 - V_1) - \{1 + (1 - T)R\}V_1 \quad (3)$$

donde R representa la tasa de interés antes de la deducción de impuestos. Si establecemos la expresión en (3) en cero, recordando que $P_0 = 0$ y suponiendo que la empresa no tiene ningún otro activo subyacente, de modo tal que $V_2 = 0$, el mayor monto que el comprador está dispuesto a pagar para adquirir la empresa en el período 1 es por lo tanto:

$$V_1 = \frac{(1 - G)P_2}{1 - Z + (1 - T)R}. \quad (4)$$

Si reemplazamos de (4) a (2), las entradas netas generadas a partir de una venta indirecta en el período 1 son estas:

$$\frac{(1 - Z)(1 - G)(1 + \pi)P_1}{1 - Z + (1 - T)R}, \quad (5)$$

¹ El presente análisis está relacionado con el de Kane (2018).

² En consonancia con lo expuesto en el recuadro 1, se supone que el activo adquirió valor de forma inesperada después de la negociación de las acciones en el período.

Si lo comparamos con (1), entonces el propietario inicial obtiene una mayor ganancia con la venta indirecta del activo subyacente que con la venta directa si y solo si

$$\frac{(1 - Z)(1 - G)(1 + \pi)P_1}{1 - Z + (1 - T)R} > (1 - G)P_1 \quad (6)$$

lo que se reduce a la condición

$$(1 - Z)\pi > (1 - T)R . \quad (7)$$

Algunas observaciones que se desprenden de este resultado:

- La tasa del impuesto a las ganancias de capital sobre la venta del activo subyacente, G , es irrelevante para la comparación. Esta es la contrapartida del punto destacado en el texto que indica que el problema para el país en el que se encuentran los activos (con respecto a la ganancia procedente del activo subyacente) está esencialmente relacionado con el tiempo, debido a que el impuesto se pagará en algún momento.
- Si el precio del activo subyacente aumenta a la tasa de interés antes de la deducción de impuestos R , entonces el propietario inicial prefiere la venta indirecta a la venta directa si y solo si $Z < T$, lo cual significa que las ganancias de capital procedentes de la venta de acciones se gravan a una tasa inferior a la que son deducibles los intereses para el comprador.
- Si no se pagan impuestos sobre las ganancias de capital en las transacciones de acciones ($Z = 0$) y la tasa a la que aumenta el precio del activo subyacente es igual o superior a la tasa general de la inflación, entonces el inversor prefiere la venta indirecta, siempre y cuando la tasa de interés real después de la deducción de impuestos $(1 - T)R - \pi$ sea estrictamente positiva.

Apéndice C. Ejemplos de prácticas adoptadas por diversos países

Los enfoques adoptados por los países para gravar las TIT difieren considerablemente. Muchos países de la OCDE, naturalmente, siguen el modelo de convenio de dicha entidad, pero no todos. Por ejemplo, el planteamiento adoptado por México se acerca más a la Convención Modelo de las Naciones Unidas: se gravan las ganancias de capital realizadas por residentes extranjeros sobre la transferencia de acciones emitidas por empresas nacionales, sin importar el sitio donde se traspasa el título, siempre que más del 50 % del valor de dichas acciones se derive de bienes inmuebles ubicados en México¹. Otros países se apartan tanto del modelo de la OCDE como del de las Naciones Unidas. Estados Unidos, Perú y China, por nombrar solo algunos, ilustran esta diversidad. Por ejemplo, la transferencia correspondiente al caso Zain, descrito en el recuadro 4 (página 31), no estaría sujeta a impuestos en Estados Unidos, pero sí en Perú, mientras que en China podría o no gravarse.

Estados Unidos: Enajenación de bienes raíces estadounidenses en manos de inversionistas extranjeros

Deficiencias de un modelo puro de tributación según el país de residencia

Originalmente, en Estados Unidos el impuesto sobre la renta seguía la premisa de que, en ausencia de operaciones comerciales o empresarias en el país, los beneficios empresariales de los residentes extranjeros debían gravarse en su lugar de residencia, que, en el caso de los individuos, se definía por una prueba de presencia física (al menos 183 días durante 12 meses consecutivos). No obstante, la ley dejaba libres numerosos caminos para eludir el impuesto a las ganancias de capital cuando había una operación comercial o empresarial en Estados Unidos. Por ejemplo, el pago por la venta de un activo podía programarse para que ocurriera después de que la entidad que participaba de actividades comerciales o empresariales en Estados Unidos hubiera sido liquidada, de modo que las ganancias de capital se realizaran cuando el residente extranjero ya no tuviera actividades empresariales estadounidenses a las que se lo pudiera vincular. Asimismo, los residentes extranjeros podían cambiar la propiedad estadounidense por otra del mismo tipo ubicada en el exterior, y esto no se consideraba realización de una ganancia de capital². Alternativamente, el residente extranjero podía mantener la propiedad en una corporación nacional (o extranjera) y vender las acciones de la corporación en lugar de la propiedad subyacente; en otras palabras, podía evitar el impuesto mediante una venta indirecta (ya sea dentro del país o en el extranjero)³.

¹ Ley del ISR (México), art. 161.

² Brown (2004), pág. 297.

³ Petkun (1982), pág. 13.

La presión de los agricultores

Generaba especial inquietud el hecho de que los inversionistas extranjeros pudieran gozar de una situación fiscal de residente durante la etapa operativa de la empresa, obtener un régimen tributario basado en los ingresos netos durante ese período, minimizar las ganancias imponibles (mediante deducciones de gastos) y pasarse luego a una situación fiscal de no residente al vender el activo apreciado, con lo que evitaban el impuesto a las ganancias de capital en ese momento⁴. Suponiendo que los inversionistas extranjeros no pagaran en el exterior impuesto a las ganancias de capital por la venta de propiedades estadounidenses (o pagaran muy poco), tendrían ventajas sobre las empresas locales. Los grupos de presión del sector agrícola de Estados Unidos señalaron enérgicamente este problema a fines de la década de 1970⁵, al afirmar que los extranjeros que invertían en tierras agrícolas estadounidenses gozaban de condiciones tan favorables que a menudo podían darse el lujo de mejorar las ofertas de los agricultores locales que querían ampliar sus tenencias⁶. El Sindicato Nacional de Agricultores se mostró particularmente preocupado por los tratados tributarios que concedían vías adicionales para eludir el impuesto a las ganancias de capital. En su opinión, por ejemplo, el tratado que se renegociaba en ese momento con el Reino Unido contenía una disposición que propiciaría la elusión en gran escala del impuesto estatal sobre la renta por parte de los actores extranjeros que comerciaban en petróleo, cereales y productos básicos o que invertían en las tierras agrícolas estadounidenses⁷. El problema era que el tratado impedía al país gravar a los inversionistas extranjeros por las ganancias obtenidas con la enajenación de activos de capital estadounidenses⁸.

Impuesto estadounidense sobre las ganancias de capital obtenidas por no residentes

La Ley de Impuestos sobre la Inversión Extranjera en Bienes Raíces (FIRPTA), en vigencia actualmente, fue aprobada en 1980 para eliminar la ventaja competitiva que favorecía a los inversionistas extranjeros en el mercado inmobiliario de Estados Unidos⁹. En virtud de esta ley, los extranjeros no residentes ya no estarían exentos de pagar el impuesto local sobre las ganancias obtenidas por la venta directa de bienes raíces situados en el país. En la ley se define a los "bienes raíces" como minas, pozos y otros depósitos naturales, propiedad de la tierra (o mejoras) y opciones para adquirir la tierra¹⁰, y se grava la venta de todos los bienes raíces

⁴ Presumiblemente, el valor de los activos podría reflejar los beneficios contables no distribuidos.

⁵ Petkun (1982), pág. 14.

⁶ *Spokane Daily Chronicle*, 8 de mayo de 1978. Véase también Brown (2004), pág. 298.

⁷ Citando un documento de trabajo no publicado del Departamento de Agricultura de Estados Unidos, la prensa explicó que, por ejemplo, un inversionista alemán a menudo poseía la ventaja de poder eludir todos los impuestos a las ganancias de capital y no renunciaba al privilegio de ser tratado del mismo modo que los contribuyentes nacionales en otros aspectos, lo que implicaba que el inversionista alemán no estaba sujeto a impuestos sobre sus ingresos brutos operativos si había sido siempre considerado inversionista extranjero pasivo (*Spokane Daily Chronicle*, 8 de mayo de 1978).

⁸ Petkun (1982), pág. 27.

⁹ Disposición principal de la FIRPTA: Código de Impuestos Internos, sección 897.

¹⁰ Téngase en cuenta que, en Estados Unidos, los propietarios de tierras son también dueños de lo que se

estadounidenses que se posean directamente, incluidos los que están en manos de residentes extranjeros, no solo aquellos por los que el contribuyente tributa sobre una base neta¹¹. No incluye, sin embargo, las acciones que se negocian regularmente en un mercado de valores establecido, sin importar la proporción de su valor que representen los bienes raíces situados en Estados Unidos¹².

La FIRPTA grava la enajenación de los siguientes tipos de bienes raíces situados en Estados Unidos:

1. participaciones directas en bienes raíces ubicados en Estados Unidos;
2. participaciones en una empresa nacional que posea un número significativo de bienes raíces situados en Estados Unidos¹³;
3. participaciones en sociedades colectivas, fideicomisos o sucesiones nacionales o extranjeros que posean bienes raíces en Estados Unidos.

Asimismo, la FIRPTA dejó sin efecto tratados que eximían a los residentes extranjeros del impuesto a las ganancias de capital sobre los bienes raíces ubicados en Estados Unidos, en cualquiera de los tres casos mencionados. La ley no altera el principio básico que rige la tributación de los no residentes en Estados Unidos: todas las ganancias (y las pérdidas) derivadas de la enajenación de bienes raíces situados en Estados Unidos que obran directamente en su poder se tratan como rentas vinculadas efectivamente con una empresa estadounidense, y se considera que el inversionista extranjero que enajena bienes raíces situados en Estados Unidos participa en una empresa del país y se lo grava en consecuencia.

Sin embargo, es importante señalar que una empresa extranjera puede poseer bienes raíces situados en Estados Unidos y la enajenación de acciones de dicha empresa por parte de un inversionista extranjero no está sujeta a tributación en el país; la FIRPTA no abarca las ventas indirectas efectuadas por extranjeros de bienes estadounidenses en poder de una empresa extranjera.

Perú

Tras el conflictivo caso de Petrotech (descrito en el recuadro 3), el Perú promulgó una ley para gravar todas las TIT, no solo aquellas cuyo valor deriva de bienes inmuebles ubicados en el país. La venta de una participación en las empresas no residentes cuyo valor derivara en al menos un 50 % de acciones de empresas residentes en el Perú, se gravaría en el Perú. Para que se aplique el impuesto¹⁴, se debe transferir al menos el 10 % de los activos de la empresa matriz extranjera

encuentra en el subsuelo debajo de su propiedad.

¹¹ Brown (2004), pág. 305.

¹² Petkun (1982), pág. 21.

¹³ Por "empresa que posea bienes raíces" se entiende la que posea una mayoría de bienes raíces, considerados a valor de mercado.

¹⁴ La primera condición se introdujo con la Ley 29663 en febrero de 2001; la segunda, con la Ley 29757,

residente, por lo que las ventas de inversores minoristas en el extranjero no se verían afectadas.

Recuadro C.1. La ley peruana de impuesto sobre la renta en relación con la venta indirecta transnacional de activos

Art. 10.- [...] también se consideran rentas de fuente peruana:

e) Las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país. A estos efectos, se debe considerar que se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria —en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas— de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las siguientes condiciones:

- 1. En cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación, el valor de mercado de las acciones [...] de las personas jurídicas domiciliadas en el país [...] equivalga al cincuenta por ciento o más del valor de mercado de todas las acciones [...] de la persona jurídica no domiciliada.*

[...]

- 2. En un período cualquiera de doce meses, se enajenan acciones o participaciones que representen el diez por ciento o más del capital de una persona jurídica no domiciliada.*

[...] Se presumirá que una persona jurídica no domiciliada en el país enajena indirectamente las acciones o participaciones [...] cuando emite nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital, producto de nuevos aportes [...] o de una reorganización, y las coloca por un valor inferior al de mercado.

[...] En cualquiera de los supuestos señalados en los párrafos anteriores, si las acciones o participaciones que se enajenen, o las nuevas acciones o participaciones emitidas [...] corresponden a una persona jurídica residente en un país o territorio de baja o nula imposición, se considerará que la operación es una enajenación indirecta".

en julio de 2011. La legislación interna de Perú que dispone gravar las TIT puede invalidarse por medio de tratados sobre doble tributación.

China

China adoptó un enfoque distinto para gravar las ganancias de capital sobre la transferencia de participaciones, haciéndolo bajo la estructura de una disposición antiabuso. La norma general es que las ganancias obtenidas por no residentes en la transferencia directa de activos ubicados en China se gravan con una tasa del 10 % (a menos que las ganancias sean atribuibles al establecimiento permanente del no residente en China, en cuyo caso se gravan al 25 %, que es la misma tasa que la que se aplica a los residentes).

Esto significa que una empresa no residente que es propietaria de otra sociedad holding no residente, que a su vez invierte en una empresa china, no estaría sujeta en el país a los impuestos sobre las ganancias resultantes de la transferencia de acciones de la sociedad holding; las ganancias de capital se consideran originadas en el lugar donde está ubicada dicha sociedad.

Sin embargo, si una transacción indirecta de activos ubicados en China no pasa la prueba exhaustiva de su propósito comercial razonable, es decir, si cumple todas las condiciones que se indican a continuación: (1) la sociedad holding extranjera está ubicada en una jurisdicción donde la carga tributaria efectiva es muy baja o donde no se grava la renta transnacional; (2) el valor del activo directamente transferido deriva al menos en un 75 % (directa o indirectamente) de bienes imponibles chinos; (3) el 90 % o más del total de los activos o ingresos (directa o indirectamente) de la sociedad holding extranjera se basa en inversiones o ingresos de China; (4) la empresa extranjera no asume funciones ni riesgos significativos; (5) la consecuencia fiscal de la transferencia indirecta en el país extranjero es inferior al impuesto chino que se debe pagar si la venta se ha efectuado de manera directa, la autoridad tributaria china puede determinar que no hay ningún propósito comercial razonable para efectuar la transacción transnacional más allá de evitar los impuestos chinos y recharacterizar la transferencia indirecta como directa.

El enfoque chino sobre las transferencias indirectas de activos es relativamente de carácter antiabuso y defensivo: se gravan las TIT cuando se considera que han sido estructuradas o planificadas con el propósito de evadir su imposición en China.

APÉNDICE D. EL ARTÍCULO 13(4) EN LA PRÁCTICA: ANÁLISIS EMPÍRICO

En este apéndice, preparado por el FMI, se describe y analiza la presencia o ausencia del artículo 13(4) en los tratados sobre doble tributación (prácticamente la totalidad de dichos tratados) hasta el año 2015¹. También se examinan las características que influyen en la probabilidad de que los países incluyan esta disposición en un tratado sobre doble tributación. Este análisis preliminar del FMI servirá de base a la labor ulterior de los miembros de la PCT para determinar las tendencias y vulnerabilidades de la red mundial de tratados tributarios en relación con las TIT. El análisis, realizado por el FMI, es de carácter provisional.

Datos y variables

Este análisis preliminar abarca 3046 tratados sobre doble tributación, que representan casi la totalidad de los convenios de ese tipo vigentes en 2015. De estos, 2979 se obtuvieron en la Oficina Internacional de Documentación Fiscal (IBFD); el resto se encontró a partir de búsquedas en Internet o en la base de datos de tratados tributarios de ActionAid².

Cerca del 35 % de estos tratados (973) incluye una disposición específica que faculta al país a gravar las ganancias obtenidas por la enajenación de acciones de capital de una entidad cuya propiedad consiste principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en ese país. Sin embargo, no nos resulta posible distinguir de manera significativa entre los que han adoptado la versión de las Naciones Unidas y los que utilizan la de la OCDE. Es importante señalar que no se ha realizado un examen exhaustivo de otras normas en materia distributiva pertinentes de los instrumentos en cuestión. En algunos tratados en los que no figura el artículo 13(4) tal como se define en la presente sección, otros tipos de disposiciones pueden otorgar potestad tributaria al país donde se encuentra ubicado el activo. Y a la inversa, otros tratados que incluyen las disposiciones del artículo 13(4) pueden incluir importantes excepciones a esas disposiciones, como las descritas en la sección V. C.

Asimismo, cerca del 35 % de los tratados suscritos por al menos un país rico en recursos incluye el artículo 13(4) tal como se lo define en esta sección (291 tratados de un total de 834) (gráfico D.1). Por otro lado, un 38 % de los tratados celebrados por al menos una jurisdicción con bajo nivel impositivo incluye el artículo 13(4) (gráfico D.1).

Para elaborar un modelo sobre la probabilidad de que se incluya el artículo 13(4) en el tratado (con sujeción a la existencia de tal tratado), empleamos las siguientes variables (en el cuadro D.1

¹ En algunos tratados, por supuesto, esta disposición figura con un número distinto (por ejemplo, 13.2, 13(5) o 14.4). Asimismo, se debe poner de relieve que, si un tratado sobre doble tributación incluye una disposición acerca del tratamiento de las ganancias procedentes de bienes inmuebles pero no menciona de forma explícita la palabra "indirectamente", en este análisis no se considerará dicha disposición como artículo "13(4)".

² Disponible en <http://www.ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>.

se resumen las estadísticas):

- La variable dependiente, *el artículo 13(4)*, es una variable ficticia igual a 1 si el tratado incluye el artículo 13(4) y la palabra "indirectamente" (empleando la versión de las Naciones Unidas o de la OCDE, o una variante similar); en caso contrario, el valor de la variable es 0.
- *Rico en recursos y de ingresos bajos* son variables ficticias equivalentes a 1 si al menos una de las partes es un país de ingreso bajo o de ingreso mediano-bajo y rico en recursos (según se define en la clasificación de ingreso del Banco Mundial y si los fondos procedentes de esos recursos exceden el 10 %).
- $IGC_i - IGC_j$ (donde IGC = impuesto a las ganancias de capital) es la diferencia (en valores absolutos) entre las tasas impositivas que aplican los países firmantes sobre las ganancias de capital. Si en el código tributario de un país se distingue entre las tasas impositivas aplicables a las empresas y las que deben pagar las personas, utilizamos las IGC de las empresas. Los datos se extraen de los informes sobre los países publicados por Ernst & Young y Deloitte. Cuando la diferencia en las IGC es más alta, se vuelve más atractivo el uso de los tratados sobre doble tributación como herramienta para la planificación fiscal.
- *Bajo nivel impositivo* es una variable ficticia equivalente a 1 si la jurisdicción muestra bajo nivel impositivo y como tal figura en la lista de Hines y Rice (1994). Hay 454 tratados sobre doble tributación en los que participan países de este tipo (casi un sexto del total).
- *Bajo nivel impositivo x ingreso bajo con recursos* es un término de interacción entre *país rico en recursos y de bajos ingresos* y *bajo nivel impositivo*. Esta variable nos permite verificar si la función de las jurisdicciones con bajo nivel impositivo depende del nivel de ingreso del país asociado. La idea es que el *bajo nivel impositivo* puede influir en la inclusión del *artículo 13(4)* solo si (esto es, sujeto a la observación de que) uno de los países signatarios es de ingreso bajo, pero no si ese país es una economía avanzada. En última instancia, es una cuestión empírica determinar si esto es así.
- *Año* es el año en que se firma el tratado. Esencialmente, es una variable de tendencia que abarca desde 1947 hasta 2015.

Cuadro D.1: Estadísticas descriptivas

| VARIABLES | N | Media | Desviación estándar | Mín. | Máx. |
|--|------|---------|---------------------|------|------|
| <i>Artículo 13(4)</i> | 3046 | 0,319 | 0,466 | 0 | 1 |
| <i>Año</i> | 3046 | 1997 | 12,51 | 1947 | 2015 |
| $IGC_i - IGC_j$ | 2993 | 11,05 | 8,512 | 0 | 35 |
| <i>Bajo nivel impositivo</i> | 3046 | 0,149 | 0,356 | 0 | 1 |
| <i>País rico en recursos y de ingreso bajo</i> | 3044 | 0,105 | 0,306 | 0 | 1 |
| <i>Bajo nivel impositivo x Ingreso bajo con recursos</i> | 3044 | 0,00591 | 0,0767 | 0 | 1 |

Análisis y resultados

En el cuadro D.2 se presentan los resultados estimados de dos modelos en los que se utilizó como variable dependiente el *artículo 13(4)*: un modelo lineal de probabilidad en las columnas 1 a 3, y un modelo logit en las columnas 4 a 6. Los resultados se analizan en el texto.

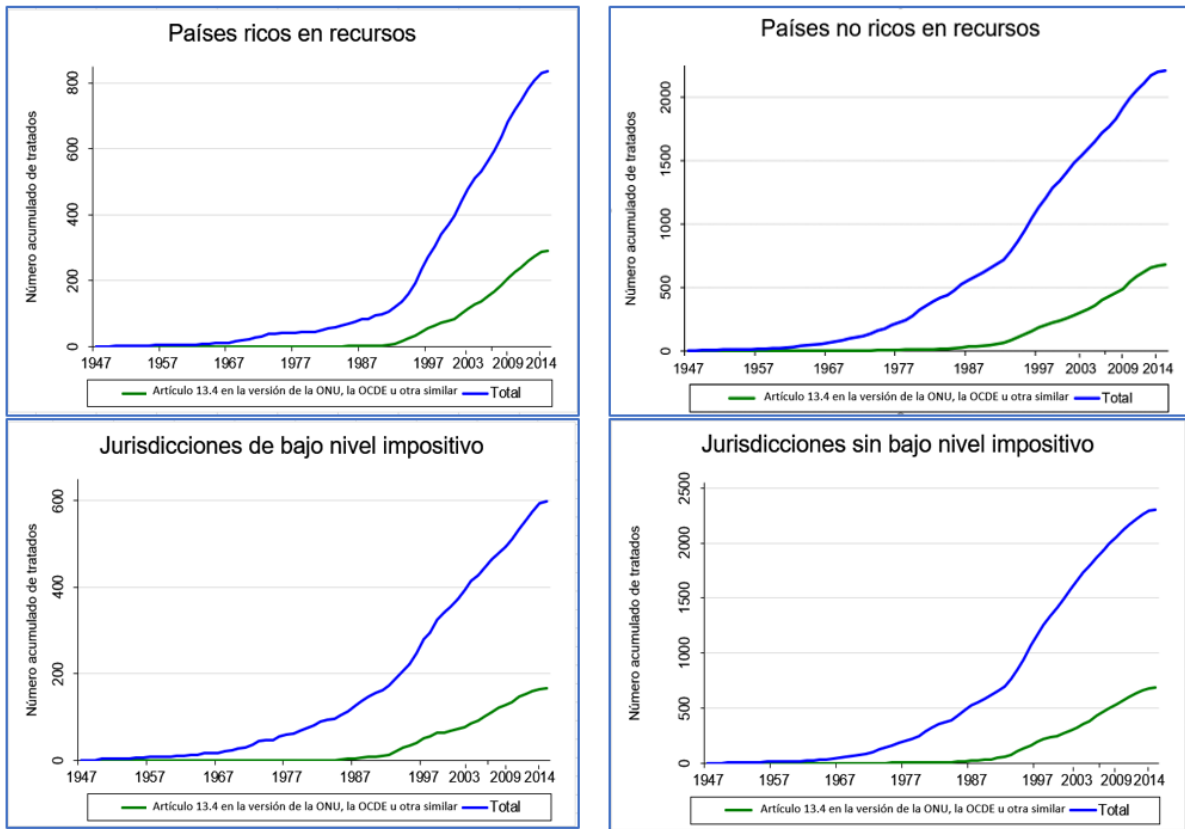
Cuadro D.2: La probabilidad de incluir el artículo 13(4) en el tratado sobre doble tributación. Resultados de las estimaciones

| | 1) | 2) | 3) | 4) | 5) | 6) |
|--|------------------------|----------------------|-----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|
| La variable dependiente | <i>Artículo 13(4)</i> | | | | | |
| Modelo | Lineal de probabilidad | | | Logit | | |
| <i>País rico en recursos y de ingreso bajo</i> | -0,0592** (0,026) | -0,0593** (0,026) | -0,0657** (0,0276) | -0,065** (0,027) | -0,064** (0,027) | -0,079*** (0,027) |
| <i>IGC_i-IGC_j</i> | | 0,0030*** (0,000) | 0,0042*** (0,000) | | 0,0021** (0,0009) | 0,0037*** (0,001) |
| <i>Bajo nivel impositivo</i> | | | -0,133*** (0,024) | | | -0,164*** (0,024) |
| <i>Bajo nivel impositivo x país rico en recursos y de ingreso bajo</i> | | | -0,162* (0,084) | | | -0,164 (0,146) |
| <i>Año</i> | 0,0136*** (0,000) | 0,0135*** (0,000) | 0,0141*** (0,000) | 0,017*** (0,000) | 0,016*** (0,000) | 0,017*** (0,000) |
| Constante | -26,88*** (1,063) | -26,76*** (1,072) | -27,80*** (1,092) | -180,5*** (9,628) | -177,4*** (9,609) | -195,8*** (10,64) |
| Observaciones | 3044 | 2971 | 2971 | 3044 | 2971 | 2971 |
| <i>R</i> ² | 0,134 | 0,135 | 0,146 | | | |

Los errores estándar robustos se muestran entre paréntesis. *** $p < 0,01$, ** $p < 0,05$, * $p < 0,1$.

Dado que los coeficientes estimados de los modelos no lineales no pueden interpretarse como efectos marginales, las columnas 4 a 6 muestran los efectos marginales (excepto para la constante).

Gráfico D.1: Inclusión del artículo 13(4) en los tratados sobre doble tributación con países ricos en recursos o jurisdicciones de bajo nivel impositivo



BIBLIOGRAFÍA

- Arnold Brian J. and Michael J, McIntyre, 1995, *International Tax Primer* (Den Haag, The Netherlands: Kluwer Law).
- Auerbach, Alan, 2002, "Taxation and Corporate Financial Policy," pp. 1251-1292 in Alan J. Auerbach and Martin Feldstein (eds), *Handbook of Public Economics*, Vol. 3 (North Holland: Amsterdam).
- Auriol, Emmanuelle and Michael Warlters, 2005, "Taxation Base in Developing countries," *Journal of Public Economics*, Vol. 89, pp.625-646.
- Beer, Sebastian and Jan Loeprick, 2017, "Profit Shifting in the Oil and Gas Industry." *Energy Economics*, Vol. 61, 186-198.
- Fred B. Brown, Fred B., 2004, "Wither FIRPTA?" *Tax Lawyer*, Vol. 57, No2, p.297.
- Burns, Lee, Honoré Le Leuch and Emil Sunley, 2015, "Taxing Gains on Transfer of Interest," forthcoming in Philip Daniel, Michael Keen, Artur Swistak and Victor Thuronyi (eds), *International Taxation and the Extractive Industries* (Routledge)
- Cope, Charles W. and Parul Jain, 2015, "Taxation of Indirect Share Transfers: Recent Development in India and related policy considerations", *Tax Notes International*
- Crivelli, Ernesto, Ruud de Mooij and Michael Keen, 21016, "Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries," *FinanzArchiv*, Vol. 72, pp. 268-301.
- Cui, Wei, 2015, "Taxation of Non-residents' Capital Gains," pp. 107-154 in Hugh Alt and Brian Arnold (eds) *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of developing Countries* (United Nations).
- Daniel, Philip, Michael Keen and Charles McPherson (eds), 2010, *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Practices and Problems* (Routledge).
- Desai, Mihir A. and James R. Hines Jr. 2003, "Evaluating International Tax Reform," *National Tax Journal*, Vol. 56 (September), pp. 409-40.
- Doernberg, Richard L., 2012, *International Taxation in a Nutshell*, West publishing.
- Hearson, Martin, 2014, "Capital Gains Tax Avoidance: Can Uganda Succeed Where India Didn't?", September 23, available at <https://martinhearsen.wordpress.com/2014/09/23/capital-gains-tax-avoidance-can-uganda-succeed-where-india-didnt/>
- Hearson, Martin (2016), 'The ActionAid Tax Treaties Dataset'. Brighton: Institute of Development Studies. <http://ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>
- Hines, James R. and Eric M. Rice, 1994, "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business," *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, pp. 149-182.
- International Monetary Fund, 2014, "Spillovers in International Corporate Taxation," Available at www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf

- International Monetary Fund, Organisation for Economic Cooperation and Development, World Bank Group and United Nations, 2015, *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*. Available at <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515.pdf>
- Kane, Mitchell, 2018, "Offshore Transfers: Policies and Divergent Views," *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018, Vol. 72, page 331.
- Krever, Rick, 2010, "Tax Treaties and the Taxation of Non-residents' Capital Gains," pp.212-238 in Arthur Cockfield (ed.) *Globalization and its Discontents: Tax Policy and International Investments* (University of Toronto Press: Toronto).
- Organization for Economic Cooperation and Development, 2014a, *Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, Part 1 available at <http://www.oecd.org/tax/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Organization for Economic Cooperation and Development, 2014b, *Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, Part 2 available at <https://www.oecd.org/g20/topics/taxation/part-2-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Peters, Carmel, 2015, "Developing Countries' Reactions to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting," *Bulletin for Fiscal Documentation*, June/July, pp.375-381.
- Petkun, Lisa B., 1982, "The Foreign Investment in Real Property Act of 1980", *Penn State International Law Review*: Vol 1: Issue 1, Article 2.
- Sinn, Hans-Werner, 1991, "The Vanishing Harberger Triangle," *Journal of Public Economics*, Vol. 45, pp. 271-300.
- Toledano, Perrine, John Bush and Jacky Mandelbaum, 2017, "Designing a Legal Regime to Capture Capital Gains Tax on Indirect Transfers of Mineral and Petroleum Rights: A Practical Guide," International Senior Lawyers Project and Columbia Center of Sustainable Development; at <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/10/Designing-a-legal-regime-to-capture-capital-gains-tax-CCSI-ISLP-Oct-2017.pdf>.
- United Nations, 2015, *Note on Capital Gains Taxation and Taxation of Indirect Asset Transfers*.
- United Nations, 2016, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, United Nations, p.108 (New York, 2016).
- Waerzeggers, Christophe and Cory Hillier, 2016, "Introducing a General Anti-avoidance Rule (GAAR)—Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose", *Tax Law IMF Technical Note 2016/1*, IMF Legal Department.
- Wei, Jinji, 2015, "China Extends Tax Rights on Nonresidents' Capital Gains from Indirect Transfers", *International Tax Notes*, February 9.
- Wijnen and de Goede (2014), "The UN Model in Practice 1997-2013," *Tax Treaty Monitor*, Brian J. Arnold in Cooperation with IBFD's Tax Unit Treaty.