

Plataforma de Colaboración en materia Tributaria

BORRADOR, versión 2

Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: Una guía práctica

Fondo Monetario Internacional (FMI)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Grupo Banco Mundial (GBM)

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. Ni el presente borrador ni el informe final deben considerarse como la posición oficialmente respaldada por esas organizaciones ni por sus países miembros.

La guía práctica se beneficia de los comentarios aportados durante un período de examen público que tuvo lugar entre agosto y octubre de 2017. Los asociados de la PCT desean expresar su agradecimiento por todos los aportes recibidos.

ÍNDICE

SIGLAS	4
GLOSARIO	5
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	9
ANÁLISIS DE LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES	11
A. Anatomía de las transferencias indirectas transnacionales	11
B. Repercusiones en los ingresos	15
C. Asignación de potestades tributarias sobre las TIT: Consideraciones sobre equidad y eficiencia	19
LOS TRATADOS TRIBUTARIOS Y LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES	32
A. Las transferencias indirectas transnacionales en los modelos de tratados	32
B. El artículo 13.4 en la práctica	37
C. Las transferencias indirectas transnacionales y la Convención Multilateral	39
OPCIONES Y DESAFÍOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN	42
A. Reseña del diseño legal y los principios para la redacción: Dos modelos	43
B. Modelo 1: Se grava a la entidad local residente que posee el activo en el marco de un modelo de enajenación implícita	46
C. Modelo 2: Se grava al vendedor no residente	50
D. Definición de bienes inmuebles	58
CONCLUSIONES	61
A. Estados Unidos: Enajenación de bienes raíces estadounidenses en manos de inversionistas extranjeros	66
B. Perú	69
C. China	70
RECUADROS	
RECUADRO 1: FUENTES DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL	16
RECUADRO 2. INDIA: EL CASO DE VODAFONE	28
RECUADRO 3. PERÚ: LA ADQUISICIÓN DE PETROTECH	29
RECUADRO 4. UGANDA: EL CASO ZAIN	29
RECUADRO 5. TRASPASO DEL CONTROL	46

RECUADRO 7. NORMA SOBRE ACTIVOS IMPONIBLES: TRIBUTACIÓN COMPLETA Y PROPORCIONAL	52
RECUADRO 8. NORMA SOBRE LA APLICACIÓN Y RECAUDACIÓN: RETENCIÓN FISCAL	56
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	57
RECUADRO 10. MODELO DE DEFINICIÓN DE BIEN INMUEBLE	59
GRÁFICOS	
GRÁFICO 1: EJEMPLO SIMPLIFICADO DE LA ESTRUCTURA DE UNA TIT	12
GRÁFICO 2: ARTÍCULO 13.4 EN LOS TRATADOS SOBRE DOBLE TRIBUTACIÓN	39
GRÁFICO 3: PROPORCIONES DE TRATADOS SOBRE DOBLE TRIBUTACIÓN QUE INCLUYEN EL ARTÍCULO 13.4	39
CUADROS	
CUADRO 1. ASIGNACIÓN DE POTESTADES TRIBUTARIAS ENTRE PAÍSES SOBRE LAS TRANSFERENCIAS DE ACTIVOS SEGÚN LOS MODELOS DE CONVENIO TRIBUTARIO	32
APÉNDICES	
APÉNDICE A. CONSULTAS	63
APÉNDICE B. COMPARACIÓN DE TRANSFERENCIAS DIRECTAS E INDIRECTAS	64
APÉNDICE C. EJEMPLOS DE PRÁCTICAS ADOPTADAS POR DIVERSOS PAÍSES	66
APÉNDICE D. EL ARTÍCULO 13.4 EN LA PRÁCTICA: ANÁLISIS EMPÍRICO	72
CUADROS DE LOS APÉNDICES	
CUADRO D.1: ESTADÍSTICAS DESCRIPTIVAS	73
CUADRO D.2: LA PROBABILIDAD DE INCLUIR EL ARTÍCULO 13.4 EN EL TRATADO SOBRE DOBLE TRIBUTACIÓN: RESULTADOS DE LAS ESTIMACIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	
BIBLIOGRAFÍA	77

SIGLAS

BEPS	Erosión de la base imponible y traslado de beneficios
CM	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)
DWG	Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo del Grupo de los Veinte
EP	Establecimiento permanente
FMI	Fondo Monetario Internacional
GBM	Grupo Banco Mundial
IGC	Impuesto a las ganancias de capital
LdB	Limitación de beneficios
MTC	Modelo de convenio tributario
NEA	Normas Específicas Antiabuso
NGA	Normas Generales Antiabuso
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCT	Plataforma de Colaboración en materia Tributaria
REL	Rentas de un lugar específico
TDT	Tratado de doble tributación
TIT	Transferencia indirecta transnacional

GLOSARIO

Activo: Algo que tiene valor financiero.

Activos inmuebles: Véase el análisis en el texto.

Base tributaria: El valor original de un activo a los fines 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 a los fines del impuesto sobre la renta.

Bienes intangibles: A efectos de este informe, este término se define en el presente como bienes que no tienen presencia física, por ejemplo, activos financieros, como acciones, propiedad intelectual o clientela.

Convención Multilateral: La Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la BEPS es un instrumento elaborado en el marco de la Acción 15 del Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios para facilitar y coordinar las modificaciones de las disposiciones de tratados.

Derecho de participación directa: La propiedad de cualquier activo particular en la que no hay entidades intervinientes entre el propietario en cuestión y el activo en cuestión.

Derecho de 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.

Derecho de participación: Propiedad efectiva, total o parcial, de un activo.

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 cuándo una entidad tiene una conexión suficiente con un país para permitir que ese país grave las utilidades netas de la entidad atribuibles a ese establecimiento permanente en ese país.

Ida y vuelta de fondos (*round tripping*): Este término describe una 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.

Limitación de beneficios: Disposición de un tratado mediante la cual se procura limitar los beneficios del tratado tributario a los residentes genuinos del otro Estado contratante.

Mecanismo 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 (o plantilla) que puede utilizarse como base de un *tratado tributario* real negociado entre dos países. Existen dos modelos de convenio tributario principales: uno elaborado por la ONU y otro, por 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. A veces denominado en este documento “país en el que se encuentra ubicado el activo” o “país del activo”.

País de residencia: El país en que la persona o entidad que obtiene ingresos o ganancias de capital es residente a los fines tributarios.

Prueba de propósitos principales: 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 denegarían a menos que el otorgamiento de estos beneficios estuviera de acuerdo con el objeto y el propósito de las disposiciones del tratado tributario específico.

Renta 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: Tal y como se utiliza en este documento, este término se refiere a un impuesto exigido por el país de la fuente a una tasa fija sobre el monto bruto de dividendos, intereses, regalías y otros pagos efectuados por residentes a no residentes.

Transferencia de un derecho 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, que generalmente se celebra entre dos o más países, se establece qué país tiene 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.

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 G-20 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. Dicho tratamiento podría aplicarse razonablemente 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 la ONU sugieren que, en general, se acepta que el país en el que se encuentra ubicado el activo puede 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. Hasta la fecha, la CM ha incrementado el número de tratados tributarios que incluyen el artículo 13.4 del MCT de la OCDE. Se prevé que este impacto aumente a medida que otras partes firmen la CM y enmienden los tratados tributarios comprendidos para incluir el nuevo texto del artículo 13.4.

Sin embargo, cualesquiera sean los tratados que entren en juego o no, dicha potestad tributaria no podrá respaldarse sin la definición adecuada en la legislación interna de los activos que se pretende gravar y sin una base de legislación interna para hacer valer esa potestad tributaria.

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 certidumbre fiscal.

En el informe se reseñan dos enfoques principales para la aplicación de impuestos a las TIT por parte del país en el que se encuentra ubicado el activo subyacente (las disposiciones pertinentes deberán redactarse cuidadosamente). Se identifican los dos enfoques principales para hacerlo y se 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 es efectuada por 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 ellos: 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 responde a una solicitud efectuada por el Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo del Grupo de los Veinte 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— 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 G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS), y otras cuestiones que revisten particular importancia para los países en desarrollo y no se abordan en el proyecto.

El asunto que se analiza aquí es el tratamiento del impuesto a las ganancias de capital de las transferencias indirectas transnacionales (TIT) de activos¹: las ventas, es decir, no de los activos subyacentes propiamente dichos sino, en alguna otra jurisdicción, de alguna entidad dueña de dichos activos.

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 particular importancia para muchos de ellos, especialmente, pero no únicamente, en las industrias extractivas. Su importancia 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 y guía práctica es analizar el tratamiento fiscal de las TIT y brindar opciones al respecto. Para ello, se abordan varias preguntas: 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 o no? ii) ¿A qué tipos de activos sugieren estas consideraciones que deberían

¹ Los términos que aparecen escritos en bastardilla la primera vez que aparecen 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 TIT: disponible en línea en http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/Extractives-Handbook_2017.pdf.

aplicarse cualquiera de estos impuestos? 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 y en los estudios de asistencia técnica del FMI con países en desarrollo y refleja respuestas a los comentarios del público recibidos de empresas, la sociedad civil y autoridades del país con respecto a un primer borrador del informe⁴. No se establece un enfoque único y definitivo, apto en todas las circunstancias. En cambio, el objetivo es identificar opciones viables, con especial atención a las circunstancias de los países en desarrollo.

La estructura de este informe es la siguiente: en la próxima sección se ofrece una introducción a las TIT, se incluye un ejemplo muy 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 y, si corresponde, de qué tipos 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 la nueva Convención Multilateral (CM) de la OCDE. En la sección V se consideran en detalle las cuestiones de aplicación planteadas por dos enfoques actuales de tributación de las transferencias indirectas. En la última sección se presentan conclusiones. En los apéndices se incluyen detalles adicionales sobre el análisis empírico y sobre las experiencias de países seleccionados.

En este informe y guía práctica no se pretende ofrecer normas vinculantes ni disposiciones autorizadas de ningún tipo ni se pretende establecer una norma de política internacional de ningún tipo. Más bien, se tiene como fin describir un problema relativo a la tributación internacional que causa especial preocupación en los países en desarrollo y proporcionarles a dichos países orientaciones prácticas con respecto a opciones para abordar este problema, en caso de que opten por hacerlo. Por lo tanto, el informe presenta el análisis y las conclusiones del personal a cargo de la tributación de las cuatro organizaciones asociadas y no refleja las opiniones oficiales de los países miembros o la gerencia de las organizaciones.

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 1.

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 consideran consideraciones conceptuales clave 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, 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 de una estructura de propiedad de tres niveles simplificada. 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.

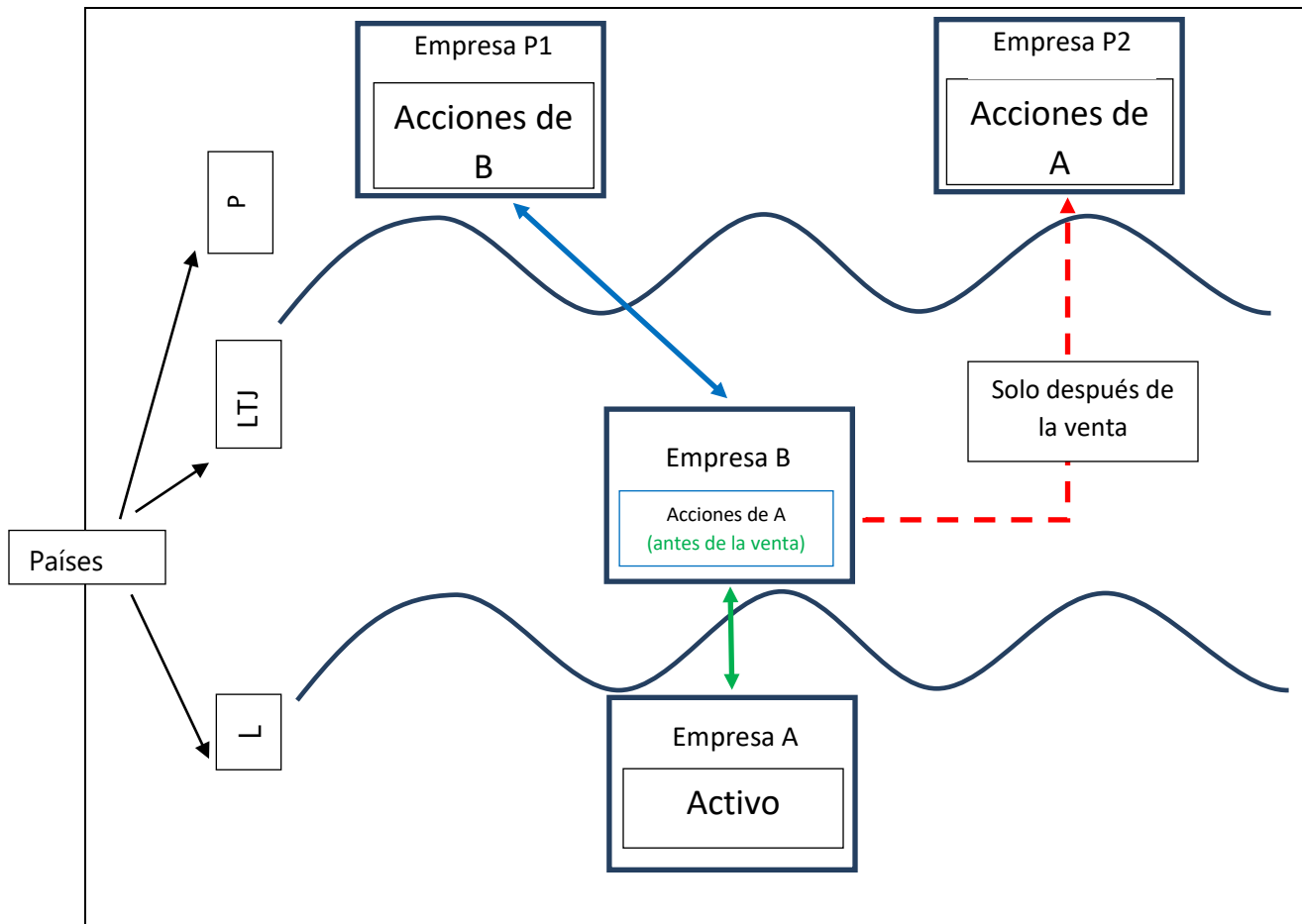
Una “transferencia” es un cambio en la propiedad directa o indirecta de un activo, total o parcial, entre partes independientes o relacionadas. Las transferencias de propiedad pueden generar ganancias (o pérdidas) de capital gravables, y esta es la inquietud primordial de este informe. Cabe destacar que no todas las transferencias de propiedad generan ganancias (o pérdidas) gravables, además de las cuestiones analizadas en el presente. Es posible que las transferencias a través de fusiones o adquisiciones, en particular, no sean hechos gravables, incluso si el valor del activo ha 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 que haya una continuidad muy importante 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 Desde luego, las estructuras corporativas reales suelen ser mucho más complejas que en este ejemplo: en cualquier punto de la cadena de propiedad puede haber varios propietarios, y suelen existir complejos mecanismos de propiedad cruzada. Sin embargo, el ejemplo de modelo permite sacar a la luz las principales consideraciones en cuestión de la forma más simple posible.

Las transferencias pueden ser 'directas' o 'indirectas', cuyo significado en el presente es el siguiente:

- 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 participación indirecta en un activo, en su totalidad o en parte. Lo que se transfiere *indirectamente* es el activo subyacente⁷.

Gráfico 1: Ejemplo simplificado de la estructura de una TIT



Nota: En esta transacción, la empresa B, que se encuentra ubicada en LTJ, 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

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.

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 marca una distinción entre dos clases de activos que es esencial para este informe:

- **Activos inmuebles:** La definición precisa de este término es una cuestión atinente al derecho nacional, que puede o no ser modificada por los tratados tributarios de los cuales el país sea parte y a efectos de estos. Generalmente comprende tierras, edificios y estructuras, como también los derechos relacionados con tales bienes (que pueden incluir derechos agrícolas, forestales y minerales)⁸. 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, esto 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) y activos financieros (por ejemplo, acciones, bonos).

Según los mecanismos actuales, 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 términos⁹:

- Las **transferencias transnacionales** son aquellas en las que el transferente es residente, a los fines 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.

Estructuración de las transacciones

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

⁸ La definición de bienes inmuebles se establece en el artículo 6 de los modelos de tratados.

⁹ En la legislación interna de los distintos países, estos términos pueden tener significados diferentes de los que se utilizan en el presente documento.

desean obtener el control de ese activo¹⁰. 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 (LTJ), 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 complejos¹¹, pero este simple ejemplo 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 (LTJ) que aplique una tasa tributaria baja a las ganancias de capital¹². En el gráfico 1, esto se muestra como la venta efectuada por la empresa B, residente del país que aplica impuestos bajos LTJ, a la empresa P2, residente a los fines 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 L puede contrarrestarse posteriormente mediante la tributación en virtud de las normas fiscales del país de la empresa matriz del vendedor 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 LTJ en lugar de venderlo de forma directa en L.

La transacción también tiene consecuencias fiscales para el comprador, P2, dado que el monto pagado por las acciones¹³ de la empresa A se convierte en la *base tributaria* con relación a la cual se calcularán las ganancias (o pérdidas) de capital¹⁴, si las hubiera, en una futura venta de esas

¹⁰ A lo largo de este documento se supone, excepto cuando se indica lo contrario, que el comprador y el vendedor no están relacionados y, por ende, no se consideran las cuestiones relativas al precio de la transferencia y, como se señaló anteriormente, el tratamiento de las reorganizaciones societarias que surgen si están relacionados.

¹¹ Puede haber muchas más empresas que medien en la cadena de entidades, entre A y B, y el título de propiedad realmente se puede transmitir en un quinto país.

¹² 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.

¹³ El adquirente podría preferir adquirir el activo directamente, ya que los bienes inmuebles generalmente 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.

¹⁴ Estas pérdidas pueden ser útiles para contrarrestar las ganancias en otros activos, lo que no reviste menor importancia.

acciones. Si se prevé que el valor del activo subyacente disminuya (como resultado 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 a los fines 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*)¹⁵. 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 —en las circunstancias que se suponen en el gráfico 1— evitarse realizando la venta en forma indirecta en el extranjero¹⁶. 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*.

Este es un ejemplo muy simplificado: como se detalla a continuación, el tratamiento fiscal de las transferencias indirectas en la práctica dependerá 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*). Sin embargo, 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 en todo este

¹⁵ Kane (2018) hace hincapié en la importancia que podrían tener esto en relación con las transferencias indirectas.

¹⁶ 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 permitirá 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; la tasa aplicable será del 10 % a partir de 2019. Las acciones adquiridas con anterioridad al 1 de abril de 2017 continuarán estando exentas de dicho impuesto.

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 esto y para posteriores análisis, en el recuadro 1 se analiza la naturaleza general de las ganancias de capital y, en particular, cómo surgen.

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 activo¹⁷. Ambos aspectos de esta situación son importantes:

- Si bien las ganancias de capital en determinadas ocasiones pueden ser muy previsibles¹⁸, 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. Sin embargo, lo que es más importante desde el punto de vista económico, es una forma de captar cambios en las ganancias que, de lo contrario, no están sujetas a tributación.

¹⁷ Más precisamente, 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 b) 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 un tratamiento fiscal distinto de las distribuciones).

¹⁸ 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

Considere las dos posibilidades amplias que tiene el propietario de un activo subyacente sobre el cual se ha devengado una ganancia de capital por 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 y, en este último caso, el contribuyente tiene la ventaja de diferir la obligación sobre dicha ganancia.
- **Una transferencia indirecta**, vendiendo una entidad propietaria del activo subyacente. El comprador, suponemos a efectos de este análisis comparativo, con el tiempo venderá el activo subyacente¹⁹ (o expirará con un valor nulo).

En estas circunstancias, el valor nominal total de ingresos tributarios en el país *L*, acumulado con el tiempo, es independiente de la manera en que se transfiere el activo subyacente. En todos los casos, el activo subyacente finalmente se vende y las ganancias devengadas generan los ingresos correspondientes. (Desde ya, el activo subyacente puede sufrir otras modificaciones, pero estas simplemente implican la combinación de otros cambios (o pérdidas) con dichas ganancias devengadas iniciales. Si el activo expira con un valor nulo, por ejemplo, se produce una pérdida de capital futura que compensa la ganancia devengada al momento de la venta).

Por ende, 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, pero la preocupación puede ser muy importante. 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 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)? 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 gravarán la ganancia realizada sobre la venta indirecta de una entidad y, suponiendo que la venta se financia 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 con las dos opciones de venta: los beneficios fiscales de la venta diferida del activo subyacente se reflejan en el precio que el

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

comprador de las acciones está dispuesto a pagar y son mayores 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 en el que se puede vender la entidad aumentan 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 exactamente 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, 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, es residente de un país diferente del país del propietario directo inicial B. En ese caso, es posible que se apliquen otras tasas de retención tributaria, con el consiguiente efecto en los ingresos del país L. No obstante, en la práctica, parece ser más habitual que la transferencia se realice mediante la venta de B efectuada por una empresa que medie 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

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, si es así, precisamente a cuáles activos se debe aplicar dicha potestad. Al plantear este interrogante, el análisis aquí excede la posibilidad de aplicar impuestos a 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 indirectamente procedentes de activos internos²².

Desde el punto de vista del principio económico, varias cuestiones (interrelacionadas) entran en juego, sin tener en cuenta, por el momento, las prácticas actuales y los conceptos jurídicos que se analizan más adelante. Por ejemplo: **la equidad entre las naciones**, para garantizar que la asignación de ingresos cumpla con un cierto concepto de equidad entre los países; **la eficiencia**, para garantizar que los activos se utilicen de la manera más productiva, y, no menos importante, **la economía política**, que, dado el alto perfil de muchos casos relativos a las TIT, ha impulsado numerosos acontecimientos recientes en esta esfera. Más allá de algunas cuestiones básicas de viabilidad, los temas relativos a la aplicación (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 5.

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:

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).

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 optan por 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 Plataforma (“Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment in Lower Income Countries,” 2015). En cualquiera de los casos, los países no pueden realizar dicha elección si primero no cuentan con la potestad subyacente.

- Las ganancias de capital derivadas de transferencias directas 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 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 de los argumentos en contra es que el precio del activo (y, por ende, el aumento) refleja ganancias acumuladas no distribuidas y futuras 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 ganancias que el país en el que se encuentra el activo, en cierto sentido, ha decidido simplemente no gravar. Pero este argumento en contra no es totalmente convincente, especialmente 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 argumento quizá más convincente (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 futuras. En el límite, para un país que no puede gravar efectivamente las ganancias de la entidad adquirida o los dividendos pagados a una empresa matriz extranjera,

²³ Excepto, por ejemplo, según la Directiva sobre Matrices y Filiales dentro de la Unión Europea (en este 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.

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 importante a los fines 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 principio, el objeto ideal para la tributación, porque pueden gravarse (hasta el 100 %, en principio) sin causar la reubicación o el cese de actividades u otras distorsiones y, por ende, brindan una base tributaria totalmente eficiente (dominada, en razón de su eficiencia, solo por impuestos que sirven para corregir alguna externalidad). Si bien este es un argumento basado en la eficiencia (que no responde directamente 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, generalmente 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, especialmente en los países de ingreso más bajo²⁵.

²⁴ Véanse, por ejemplo, varias de 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 de mayor vulnerabilidad a las transferencias de beneficios de manera más general, véase, por ejemplo, Crivelli, de Mooij y Keen (2016).

Por lo tanto, la capacidad de gravar las ganancias de capital derivadas de los cambios en el valor de tales rentas puede ser un respaldo útil cuando la aplicación de tales impuestos es imperfecta, aunque claramente inferior a la capacidad de gravarlas efectivamente 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 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 visión plantea una ampliación de la definición de “inamovilidad” que puede captar, al menos, las fuentes más probables de rentas de un lugar específico importantes. Sin embargo, es más fácil decir esto 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, en particular, con los derechos creados por los Gobiernos, especialmente, en las industrias extractivas y las 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 con marcas o derechos de propiedad intelectual. Y, desde luego, el hecho de que una empresa sea residente a los fines tributarios en un país determinado claramente no implica que su valor derive fundamentalmente de las rentas de un lugar específico que surjan 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 de un lugar específico significativas, y existen señales de que, aunque no se exprese en estos términos, esto sucede cada vez con más frecuencia. En las definiciones, es cada vez más

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 un 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.

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 ni estaban al tanto de él. De lo contrario, se corre el riesgo de no gravar esos ingresos futuros, ya sea (como se indicó anteriormente) por razones de tiempo o debido a las imperfecciones de otros instrumentos tributarios, especialmente en los países en desarrollo. Esto hace que los impuestos a las ganancias sean un instrumento adicional valioso, aunque muy imperfecto.

Sin embargo, 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. Esto podría considerarse, por ejemplo, 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, por ende, 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 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

²⁷ Estados Unidos, por ejemplo, limita el alcance de la Ley de Inversión Extranjera en Bienes Raíces (FIRPTA) a las transferencias que se realizan tanto directamente como en el primer nivel de propiedad del activo. Noruega ha rechazado afirmativamente 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.

definitiva, los conocimientos especializados o el financiamiento subyacentes. 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 argumento 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 el sistema tributario no debe, en la medida de lo posible, 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. La razón es que 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, más allá de eso, las publicaciones sobre criterios de eficiencia para orientar los mecanismos tributarios internacionales ofrecen escasos aportes viables. La determinación de que las rentas son un objeto eficiente de tributación es muy general. En cuanto a otras formas 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 nacionales. Sin embargo, estas publicaciones han generado escasas (o nulas) determinaciones normativas posibles aceptadas. Por ejemplo, si la preocupación es 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 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

²⁹ Sin tener en cuenta las cuestiones transfronterizas de interés en este contexto, varias "cuestiones no neutrales" surgen generalmente 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 Estrictamente, 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.

³¹ Ignorando aquí la posibilidad de cambiar el lugar de residencia corporativa.

garantizar el tratamiento equitativo dentro del país de todas las empresas potencialmente activas, independientemente de que sean 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, dos aspectos 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 ejemplo, 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 a los fines 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 las transacciones como resultado de las diferencias.

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 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. Esto no significa necesariamente que ambos tipos de ingresos deberían ser gravados por el mismo país, pero generalmente se logra cuando el país en el que encuentra ubicado el activo grava las ganancias tal como lo hace con los dividendos. Sin embargo, 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).

Dada la norma vigente de que el país L en el que 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 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 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 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 el país en el que se encuentran los activos tenga el derecho a gravar las ganancias de capital relacionadas con las transferencias de activos inmuebles al país en el que se encuentran ubicados los activos, 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, y modelos de implementación bien desarrollados, ayudarían a evitar medidas descoordinadas que pongan en peligro el funcionamiento eficaz y consensuado del sistema tributario internacional, y pueden también dar lugar a incertidumbre fiscal.

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 frecuentemente se asignan al país de la fuente en relación con los bienes inmuebles, pero 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 analiza en la sección IV a continuación, extiende la tributación del país en el que

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.

se encuentran los activos un nivel de propiedad más, a las ganancias derivadas de las acciones de una empresa³⁷.

Lo que se desprende claramente 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 entre las naciones, eficiencia y factibilidad sugieren 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 limitados de 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 incertidumbre fiscal, con efectos perjudiciales para inversionistas, contribuyentes y Gobiernos.

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.

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 han (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 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 una empresa conjunta establecida 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 de las Islas Caimán, que poseía su derecho de participación en la operación india, a una subsidiaria de propiedad absoluta de Vodafone constituida, y residente a los fines tributarios, en los Países Bajos. Por ende, la transacción tuvo lugar completamente fuera de India, entre dos empresas no residentes.

La Autoridad Tributaria de India intentó recaudar USD 2600 millones en concepto de impuesto a las ganancias de capital realizadas por Hutchison en la venta de la empresa de las Islas Caimán. Dado que Hutchison ya no poseía activos en India luego de la transacción, la Autoridad Tributaria de India intentó cobrar el impuesto al comprador, la subsidiaria de los Países Bajos de Vodafone, argumentando que tenía la obligación de retener el impuesto del precio pagadero al vendedor. 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 era, en efecto, la adquisición de derechos de propiedad situados en India.

Posteriormente, el Gobierno de India modificó la ley para permitir que se graven las ventas indirectas transnacionales y trató de aplicar la nueva disposición de forma retroactiva, en un segundo intento de cobrar el impuesto a la subsidiaria de los Países Bajos de Vodafone. La legalidad del efecto retroactivo de la ley fue sometida luego a arbitraje por el contribuyente en virtud del Tratado Bilateral de Inversiones entre India y los Países Bajos. (El tratado fue rescindido de forma unilateral por India en diciembre de 2016,

³⁸ Es cierto que estos son tres de los casos más importantes y reconocidos de este asunto. Sin embargo, 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).

pero esto no incide en los litigios en curso). Varios años después de su designación, los árbitros seleccionados por las partes finalmente acordaron elegir un presidente del tribunal. La competencia de este tribunal con respecto a las cuestiones tributarias todavía es objeto de controversia.

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 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 de 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 Perú fueron de USD 482 millones. Petrotech International, residente de los Estados Unidos, pagaría en este último país los impuestos correspondientes a las ganancias de capital.

El caso suscitó una investigación del Congreso en 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 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 A.1, apéndice B). 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 de Perú, y se debe transferir, al menos, el 20 % de los activos peruanos para que la transacción sea gravable en Perú.

Recuadro 4. Uganda: El caso Zain

En 2010, una subsidiaria holandesa de la multinacional india Barathi Airtel International BV compró a Zain International BV, una empresa holandesa, las acciones de Zain Africa BV (también una empresa de los Países Bajos) por USD 10 700 millones, que a su vez era propietaria del operador de telefonía móvil registrado en Kampala Celtel Uganda Ltd. (entre otras inversiones en África)⁴⁰.

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 tenía 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)⁴¹. *Sin embargo, el contribuyente interpreta que el tratado*

⁴⁰ Zain International BV pertenece en última instancia a Zain Group, cuyo principal accionista es Kuwait Investment Fund.

⁴¹ 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, [en línea] <http://www.theeastafrican.co.ke/news/URA-taxes-on-sale-of-Zain-assets-in-Uganda/-/2558/2451578/-/item/0/-/6hm2he/-/index.html>

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. Pero esta cuestión aún queda pendiente.

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 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)⁴².

Otra característica común es que el activo transferido indirectamente en cuestión 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 particulares, y consiste principalmente en lo que son evidentemente rentas de un lugar específico derivadas de una licencia otorgada por el Gobierno.

En los tres casos⁴³, 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 fueron diferentes: en el caso de India y 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 todos los casos, 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 especialmente problemático desde el punto de vista político cuando se pudo demostrar que la subsidiaria que se había vendido de manera indirecta previamente había pagado poco o ningún impuesto sobre la renta de las sociedades, como se señaló en una investigación del Congreso sobre Petrotech ordenada en Perú. Las protestas del público en varios de estos casos fueron considerables. En Perú, por ejemplo, la transacción quedó vinculada con escándalos de corrupción que dieron lugar al despido del primer ministro y su gabinete.

Los casos indican que el país en el que se encuentra el activo podría responder a la derrota judicial a través de modificaciones radicales de las políticas. India, por ejemplo, no solo modificó la legislación interna para incluir a las TIT en la tributación⁴⁴, sino que también intentó

⁴² Otros ejemplos se incluyen en el apéndice VI del FMI (2014).

⁴³ 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.

⁴⁴ 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”.

aplicar esta medida de forma retroactiva hasta 1962 (la fecha de la ley vigente del impuesto sobre la renta). Perú y Chile 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. Estas respuestas unilaterales son comprensibles y pueden reflejar los diferentes sistemas jurídicos de distintos países. Sin embargo, entre otros motivos, debido a su diversidad, conllevan el riesgo de introducir aún más incoherencia e incertidumbre en la tributación internacional de la que ya existe.

LOS TRATADOS TRIBUTARIOS Y LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS TRANSNACIONALES

En esta sección se examina el tratamiento de las TIT previsto en los modelos de tratados tributarios⁴⁵, se informa sobre un análisis empírico 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 de 2017. En este análisis se 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 modelos 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 la transferencia procede (directa o indirectamente) de activos inmuebles: País L 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”: MCT de la ONU (artículo 13.5): País L MCT de la OCDE: País R	
	Otros casos: País R	
Referencias: L = País en el que se encuentra ubicado el activo subyacente. R = País en el que reside el vendedor.		

⁴⁵ Toledano y otros (2017) también señalan acertadamente 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.

Cuando dos países reclaman el derecho de gravar las ganancias de capital procedentes de la transferencia, pueden, mediante un tratado, establecer qué país tiene la potestad tributaria principal, con el mecanismo de desgravación correspondiente en el otro país para evitar la doble tributación. En ausencia de un tratado a tales efectos, puede producirse una doble tributación, aunque cabe suponer que los contribuyentes evitarían estructurar las transacciones de formas que estén sujetas a dicho tratamiento.

En ambos 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 MCT⁴⁶. En la versión de la OCDE anterior a la actualización de 2017⁴⁷, 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 por ciento 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 por ciento de su valor, de forma directa o indirecta, de propiedad 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Las disposiciones reemplazadas de tratados modelos siguen siendo pertinentes debido a que pueden verse reflejadas en tratados aún vigentes.

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 OCDE⁴⁸.

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 incluye el mismo texto que en 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...

Claramente, esto deja un amplio margen para establecer una definición más precisa en la legislación interna, que varía de forma considerable⁴⁹.

⁴⁸ 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 modelo de convenio tributario de la OCDE.

⁴⁹ Krever (2010) señala que, como regla general, las jurisdicciones del derecho civil parecen satisfechas con 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, también 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

Por ende, la norma básica para las transferencias indirectas de bienes inmuebles era muy similar en los dos MCT, y ahora es la misma⁵⁰. Esta similitud refleja el carácter común de la intención general de las dos disposiciones. En ambos modelos se asigna la potestad tributaria principal al país en el que se encuentra ubicado el activo cuando una transferencia efectuada por un no residente se lleva a cabo en el otro Estado⁵¹, pero se limita esta posibilidad al caso específico en el que la transferencia es, directa o indirectamente, de “bienes inmuebles”⁵².

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 podría haber ser limitante, aunque ahora se ha modificado⁵³.

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 9.

⁵⁰ 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 de BEPS, se llegó a un acuerdo para modificar el MCT de la OCDE para 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 a 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 internacionalmente. 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 ende, quizá no se intente ejercer plenamente 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 redactarlas normas relevantes sobre valoración y distribución.

⁵¹ Dado que en los artículos no se establecen límites explícitos de esa potestad tributaria, debe interpretarse que el país podría hacerlo, incluso si la venta indirecta se efectúa en el otro Estado.

⁵² En el MCT de la OCDE 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 ganancias derivadas de transferencias de acciones en una reorganización societaria. Comentario 28.7 al modelo de convenio tributario de la OCDE (OCDE, 2010).

⁵³ En el comentario al modelo de la ONU de 2011, no se abordó la interpretación de esta exclusión y, por ende, el alcance de su aplicación no era 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 del 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 modelo de la ONU), podría limitar en exceso las potestades tributarias, especialmente 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 propone comúnmente era que la exclusión relativa a las “actividades comerciales” se aplica 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 transfieren. Debido a esta incertidumbre, el *Manual para la negociación de tratados tributarios*

En el artículo 13.5 del MCT de la ONU (sin paralelo en el MCT de la OCDE), se amplía el alcance de la tributación transnacional más allá de los bienes inmuebles, como sea que estos se definan. Antes de 2017, el artículo 13.5 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 (los cambios están resaltados):

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 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.

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, esta disposición del tratado se extiende solo a las acciones o derechos asimilables en entidades residentes en el país *L*. Es decir, 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, determinadas 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:

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 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)*.

algunos países excluyen específicamente las ganancias derivadas de acciones cotizadas en el mercado bursátil, otros restringen el alcance a ganancias realizadas por individuos que anteriormente residían en el Estado fuente y muchos países no incluyen esta disposición en absoluto en sus tratados.

B. El artículo 13.4 en la práctica⁵⁴

Alrededor del 35 % de todos los tratados sobre doble tributación (TDT) incluyen el artículo 13.4⁵⁵, con una referencia explícita a las ganancias cuyo valor procede indirectamente de bienes inmuebles (gráfico 2). El porcentaje de TDT que contiene una disposición en relación con las ganancias de capital procedentes de acciones cuyo valor procede de bienes inmuebles, incluidos también los que no tienen la palabra “indirectamente”, es de alrededor del 60 % (Wijnen y de Goede, 2014)⁵⁶.

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). Esta es una proporción considerablemente más baja que la identificada en el estudio anterior de Hearson (2016), quien indica que, en una muestra de 537 TDT en los que participan países en desarrollo, alrededor del 51 % contiene una disposición sobre las ganancias de capital procedentes de acciones en bienes inmuebles. La diferencia refleja el uso, en este caso, de una muestra más grande (próxima a la totalidad) y el criterio de búsqueda de “indirectamente” impuesto en este informe.

La probabilidad de que el artículo 13.4 se incluya en un tratado⁵⁷ 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, preocupante. Algunos ejemplos de TDT que incluyen a países de ingreso bajo y ricos en recursos y omiten el artículo 13.4 incluyen el de Uganda y Mauricio (concluido en 2003), el de Malawi y Noruega (2009), y el de Trinidad y Tobago y Brasil (2008).
- **Menor si una de las partes del tratado es una jurisdicción que aplica impuestos bajos⁵⁸** (en alrededor de 13 puntos porcentuales). Esto también resulta preocupante, en el sentido de

⁵⁴ Los detalles en los que se basa el análisis de esta sección se incluyen en el apéndice C. Los datos corresponden a 2015.

⁵⁵ 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”.

⁵⁶ Wijnen y de Goede (2014) examinaron alrededor de 1800 TDT y protocolos modificativos finalizados durante el período comprendido entre 1997 y 2013.

⁵⁷ Este es, desde luego, un ejercicio retrospectivo, por lo que no necesariamente hace referencia a la probabilidad de la inclusión futura.

⁵⁸ En el sentido de estar incluidas en la lista de Hines y Rice (1994).

que estos probablemente sean casos en los que la oportunidad de evadir impuestos en el país en el que se encuentra el activo mediante las transferencias indirectas sea más atractiva.

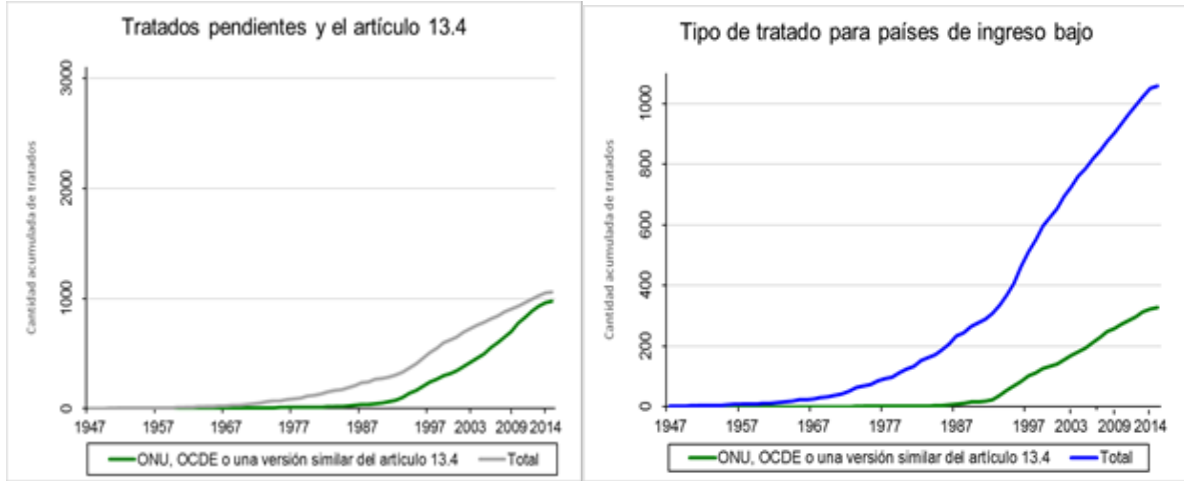
- **Mayor cuanto más grande es la diferencia entre las tasas a las cuales se gravan las ganancias de capital en las partes del tratado⁵⁹.** Esto, por otra parte, indica que la parte del tratado que aplica impuestos altos es consciente de las oportunidades de evasión a través de las TIT. Sin embargo, el efecto es bastante moderado: una diferencia de 10 puntos 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, varios países no han incluido el artículo 13.4 en ninguno de sus tratados (por ejemplo, no aparece en ninguno de los siete tratados de Gambia), o bien, lo han incluido solo en relativamente pocos tratados (menos del 20 %, por ejemplo, en el caso de Kuwait, Nigeria y Papua Nueva Guinea).

Alrededor del 22,5 % de la totalidad de los tratados incluye el artículo 13.5 del 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.

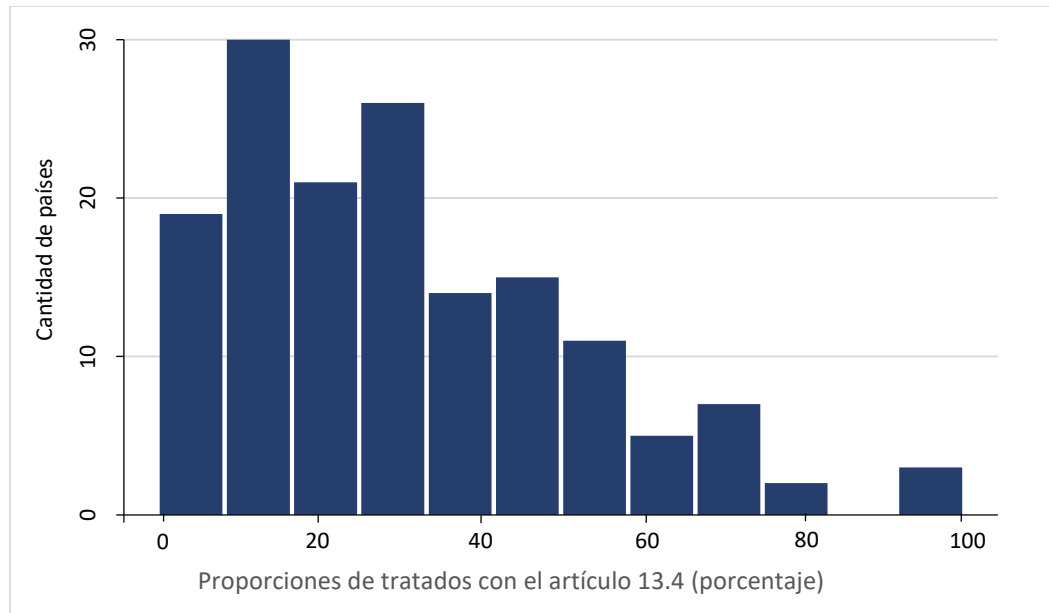
⁵⁹ Existe una heterogeneidad considerable en las tasas del impuesto a las ganancias de capital en los distintos países. Hay 35 países que no aplican impuestos a las ganancias de capital de las empresas (por ejemplo, Hong Kong, Malasia, Singapur y algunos países ricos en recursos, como Bahrein y los Emiratos Árabes Unidos). En el otro extremo de la distribución, hay 10 países que imponen una tasa del 35 % (por ejemplo, Argentina y los Estados Unidos), y la tasa más alta es del 36 %, en Suriname.

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 anexo A se describen los TDT.

Gráfico 3: Proporciones de tratados sobre doble tributación que incluyen el artículo 13.4



C. Las transferencias indirectas transnacionales y la Convención Multilateral

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 (también denominada Instrumento Multilateral) es el resultado de la Acción 15 de BEPS, que exigió la

creación de un instrumento multilateral para aplicar eficazmente las medidas relacionadas con los tratados tributarios de BEPS. En consecuencia, la Convención Multilateral modifica los tratados tributarios bilaterales existentes entre las partes de la Convención 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 de BEPS y la mejora de los mecanismos de resolución de controversias en virtud de la Acción 14 de BEPS. Al mismo tiempo, la CM facilita la aplicación de otras medidas de tratados tributarios creadas en el proyecto BEPS, 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 de la Convención 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 de la CM efectivamente incorpora dicha disposición en sus tratados tributarios, que son modificados por la CM en virtud de la legislación internacional, salvo que el país decida no aplicar el artículo 9.4. 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, la CM ofrece dos opciones para mejorarla. En primer lugar, el artículo 9.1 de la CM permite que las partes modifiquen sus tratados tributarios comprendidos 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 de la CM 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 de personas o un fideicomiso, también se incluirían en la redacción del artículo 13.4⁶⁰.

A diferencia de un protocolo que enmienda un solo tratado tributario, la CM modifica todos los convenios tributarios existentes identificados por los diversos países asociados que han suscrito la CM. En particular, las disposiciones del artículo 9 de la CM se aplicarán, cuando corresponda, en lugar o en ausencia de disposiciones de los tratados tributarios pertinentes sobre

⁶⁰ 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 de personas o fideicomisos se establece en el párrafo 28.5 del comentario al artículo 13.

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 la CM no implica que los tratados tributarios del signatario incluirán efectivamente las disposiciones del artículo 9 de la CM. La CM permite que las partes que la suscriben se reserven el derecho de no aplicar cualquiera de las disposiciones incluidas en el artículo 9.1 o no incluir el texto del artículo 9.4⁶¹. Asimismo, como se explica en la sección V de esta guía práctica, el país en el que se encuentra ubicado el activo debe tener disposiciones propicias en su legislación interna para imponer efectivamente el impuesto con respecto a las ganancias de capital procedentes de una TIT.

Además de las disposiciones específicas incluidas en el artículo 9, en la parte III de la CM se introducen medidas adicionales para impedir la utilización abusiva de los tratados que también podrían ser pertinentes para preservar las potestades tributarias del país en el que se encuentra ubicado el activo cuando se lleva a cabo una TIT. En particular, el artículo 7 de la CM contiene la denominada *prueba de propósito principal* y las disposiciones de *limitación de beneficios*. Estas medidas permiten que las partes de un tratado tributario comprendido denieguen los beneficios del tratado si la obtención de esos beneficios fue uno de los principales propósitos de la transacción pertinente, o cuando un residente de un Estado contratante no cumple las condiciones establecidas en virtud de la limitación de beneficios. En la sección 5 A) de esta guía práctica, se incluye un análisis más detallado de la aplicación de las normas generales o específicas antiabuso.

Por último, la CM también podría ser un método futuro para abordar nuevos acontecimientos relativos a la tributación de las TIT. En este sentido, el diseño de la CM 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.

Hasta la fecha, mediante el Instrumento Multilateral se ha modificado efectivamente una cantidad considerable de tratados tributarios que ahora incorporan el texto del artículo 13.4. Sobre la base de las posiciones del Instrumento Multilateral Provisional, se prevé que el artículo 9.4 se incorporará de manera efectiva en más de 115 tratados comprendidos. Se prevé que esta cantidad aumente en el futuro, a medida que nuevos signatarios decidan adoptar las disposiciones del artículo 9.4 del Instrumento Multilateral. Al mismo tiempo, el Instrumento Multilateral modificará a aproximadamente 70 tratados comprendidos más armonizándolos con la nueva redacción del artículo 13.4.

⁶¹ 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.

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, ya sea en el país de residencia del vendedor o 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 del derecho de participación o del capital accionario transferido se deriva de bienes 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.

Aun cuando se cumpla este requisito, 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)⁶². 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 y 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, aun cuando algún tratado pertinente resguarde la potestad tributaria del país del activo en línea con el artículo 13.4 del modelo, es esencial que dicho país cuente con disposiciones de este tipo en su legislación interna.

⁶² 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 del activo 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:

a) **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 derechos de participación comparables).

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 sobre 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 derechos de participación significativos (por ejemplo, una participación accionaria del 10 %), de modo de eximir del impuesto los cambios de titularidad de las inversiones en cartera. Esta norma también puede establecer si se deberá tributar por el total de las ganancias cuando el valor de un derecho de participación indirecta no se derive en su totalidad de bienes 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.

- 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 los 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, que 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 previsible⁶³. 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 deben gravarse por principio sobre la base de una potestad tributaria sustantiva del país donde se 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

⁶³ Véase Waerzeggers y Hillier (2016).

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 considerarse 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, esto es, que las mismas ganancias sean gravadas en múltiples oportunidades estando en manos de contribuyentes distintos, por la vía de las ganancias realizadas 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 intermedio⁶⁴. *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".*

⁶⁴ 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 al propietario local del bien, 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 incluye 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 un derecho de participación cuyo valor proceda principalmente (por ejemplo, más del 50 %) de dicho activo, es decir, el bien inmueble local. Las pérdidas también deberían reconocerse en los casos en los que no hay ganancias devengadas y deben estar sujetas a las normas de utilización de pérdidas correspondientes (según corresponda).

- La obligación tributaria surge como consecuencia del traspaso del control, independientemente de que dicho traspaso se deba a una venta de acciones o derechos de participación comparables efectuada dentro del país L o en otro. Un traspaso técnico directo del control debido a que la reorganización de la empresa no debería activar la obligación tributaria.
- Esta obligación tributaria surge también sin importar el tamaño de la participación que se vende para generar el traspaso de control pertinente. Es decir, no se establecen umbrales respecto de la propiedad del activo, por ejemplo, estipulando que la obligación tributaria solo surgirá cuando el traspaso del control se produzca por la venta de una participación en el activo del 10 % o más. Con esto se busca limitar las oportunidades que se generarían para la evasión fiscal 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 de cartera intermedias situadas entre la entidad local propietaria del bien y el emisor último de las acciones que son objeto de la venta efectiva.
- 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 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 mercado) 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, especialmente 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 centralmente (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.
- 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.

- 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. En este modelo, 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.

En interés de la integridad, y 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.

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. En este modelo, la autoridad tributaria del país del activo puede emplear con la entidad local propietaria de los activos todas las herramientas de aplicación de las que dispone. Por ejemplo, puede imponer penalidades cuando la entidad no presente las declaraciones de impuestos y no pague los gravámenes correspondientes a las ganancias implícitas. Puede asimismo activar los instrumentos de aplicación con los que cuenta habitualmente, como la confiscación o el congelamiento de los activos locales y posiblemente su venta para saldar una obligación tributaria pendiente.

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, 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 un derecho de participación (por ejemplo, acciones). Sin embargo, algunos consideran que este argumento puede contrarrestarse en sus aspectos más significativos si se establecen disposiciones antiabuso para los tratados 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, ya sea en un tratado tributario o 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). La prueba de propósito principal adopta la forma de Normas Específicas Antiabuso (NEA) para evitar el uso del tratado más favorable, mientras que una norma de limitación de beneficios puede adoptar diversas modalidades; una formulación cada vez más habitual consiste en exigir que el 50 % o una proporción mayor de la propiedad del residente del otro Estado contratante esté en manos de una o más personas que sean también residentes de ese otro Estado para poder acceder a los beneficios del tratado tributario. No obstante, los países adoptan perspectivas distintas respecto de la capacidad para administrar efectivamente la limitación de beneficios en el nivel nacional.
- Podría generarse doble tributación si el país de residencia del vendedor extranjero del derecho de 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 sobre la doble tributación se reducirían 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.
- Dado que la entidad que posee directamente el activo no recibe el dinero de la transferencia de las acciones o del derecho de 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 que la autoridad tributaria tome medidas contra los activos locales.

- 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 minoritario 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 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*. 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, en el marco del modelo 2, los detalles de una norma diseñada y redactada de modo tal de 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 modelo⁶⁵, 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 general, los no residentes⁶⁶ 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 5 cuando se busque imponer

⁶⁵ Véase también Toledano y otros (2017) con respecto al diseño y la implementación del modelo 2.

⁶⁶ 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.

un gravamen a un no residente respecto de una ganancia realizada por la venta de un derecho de participación indirecta en un bien inmueble situado en el país L.

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 imponibles. La práctica reflejada en el artículo 13.4 de los MCT de la OCDE y las Naciones Unidas consiste en permitir gravar la totalidad de las ganancias cuando el valor del derecho de participación indirecta se derive en su mayoría (por ejemplo, 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 imponibles en la que, similarmente, se disponga que la totalidad de las ganancias son imponibles cuando el valor del derecho de participación indirecta se derive en su mayoría (por ejemplo, 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 alcanza 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 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 imponible 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 L;
 - 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 (por ejemplo, más del 50 %) de bienes inmuebles locales está resguardada en términos generales en el artículo 13.4 de los MCT de la OCDE y las Naciones Unidas. 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.

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 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) 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 optarse por el 10 %, dado que es el valor considerado norma internacional para distinguir entre inversiones de cartera y las no incluidas en cartera. Estos umbrales, si se aplican, 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 MCT 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 MCT de la OCDE, estas exenciones pueden referirse a las ganancias derivadas de la enajenación de: 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 a 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 a 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). En general, las retenciones establecidas en los regímenes aplicables a las TIT no se diseñan como finales. Las TIT están sujetas a regímenes de retenciones en numerosas 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 a 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 también derivaría en ganancias inesperadas para el vendedor si el comprador no pudiera recuperar de este el monto de la penalidad 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 incrementar 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 del Convenio de 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 los efectos ilustrativos, las disposiciones que allí se presentan se aplican a las tenencias de derechos de participación no incluidos en cartera equivalentes al 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 emitidas 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 el derecho de participación al que se refiere la notificación mencionada en el párrafo a), de los impuestos que debe pagar el no residente en virtud de esta ley respecto de dicha enajenación.
- 3) La subsección 3) b) no se aplica a la enajenación de acciones que coticen oficialmente en alguna bolsa de valores reconocida del país L*.
- 4) 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 más ajustadamente la distinción legal entre la entidad local propietaria de los activos y la entidad central 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:

- 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), si bien 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 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, en este modelo la potestad tributaria del país L podría verse limitada por un tratado tributario aplicable (a menos que mediante la legislación interna se lo invalidara), si este no incluyera un artículo similar al 13.4 de los modelos de la OCDE y 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 o 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 significado de "bien inmueble" de modo tal de incluir como mínimo lo siguiente:

- bienes raíces (en el sentido más estrecho);
- 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 jurídica nacional 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, el término "bienes inmuebles" tiene el significado que le atribuye el derecho interno (el impuesto u otra ley) del Estado contratante en que esté situada la propiedad en cuestión.

La definición podría extenderse para abarcar una categoría más amplia 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.)⁶⁷.

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, también 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. 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. También 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 disposiciones de los tratados pero que no se ajusta específicamente a los fines del tratado, los países deberían asegurarse de que las modificaciones o prórrogas sean compatibles con el contexto, y la posición negociada, de sus tratados tributarios existentes que puedan estar vigentes cuando se realizan modificaciones o prórrogas. Las partes que han celebrado tratados deberían consultarse mutuamente en este aspecto.

⁶⁷ 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) encuentran 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.

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). Y esto es así independientemente de si en otro sitio se debe pagar un impuesto equivalente en relación con la transferencia. Es decir, el razonamiento detrás de 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 adoptará el enfoque 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 reconocido muy ampliamente 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, y también alienta la neutralidad entre las transferencias directas e indirectas. Asimismo, responde a presiones en el caso de la venta de activos nacionales importantes que han derivado en medidas descoordinadas que ponen en peligro el funcionamiento eficaz y consensuado del sistema tributario internacional, y pueden también dar lugar a incertidumbre fiscal.

Esto no significa que los países en los que se encuentran los activos siempre deberían gravar 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 del principio según el cual la facultad para gravar las ganancias de capital procedentes de las TIT de bienes “inmuebles” puede asignarse principalmente al país donde se encuentran ubicados. Sin embargo, hasta el año 2015 el artículo 13.4 figuraba en solo un 35 % de todos los TDT, y es menos probable que se lo incluya cuando una de las partes es un país de bajos ingresos y rico en recursos. Hasta la fecha, la CM 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 la OCDE de 2017, o bien firmar la CM 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, y una base para afirmar dicha potestad. En el texto del documento se incluyeron modelos de este tipo de disposiciones legislativas.

Un elemento clave en ese 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 los 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, que exige 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, lo que le permite gravarlas. En este informe se ha brindado 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 encontraron 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 a 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 certidumbre fiscal. La finalidad de este informe 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 Plataforma 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 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)
SAT	(State Administration of Taxation, P.R. China)
Deloitte LLP	(Londres)
CCI	Cámara de Comercio Internacional
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.)

APÉNDICE B. COMPARACIÓN DE TRANSFERENCIAS DIRECTAS E INDIRECTAS⁶⁸

Supongamos que el activo subyacente 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 $P_2 = (1 + \pi)P_1$ en el período 2.

Si el propietario vende el activo por su cuenta en el período 1, los ingresos generados netos del impuesto a las ganancias de capital en el país del activo se cobraron a una 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, generando ingresos, suponiendo que las acciones habían tenido inicialmente un valor nulo, 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 la reside la empresa vendida. Para calcular el precio de las acciones V_1 , supongamos que en el período 2 el comprador venderá el activo subyacente, incurriendo en impuestos en el país del activo, vende las acciones de la empresa adquiridas a precio de cotización V_2 , y salda (con deducción de intereses a una tasa tributaria T) la deuda en la que incurrió para el financiamiento. Con esto, el comprador obtiene en el período 2 un flujo de fondos neto de⁶⁹

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

donde R representa la tasa de interés antes de la deducción de impuestos. Si lo establecemos en cero, 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 es

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

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

⁶⁸ El análisis que aquí se incluye está motivado por Kane (2018) y en cierta medida se explora acerca del contenido de dicho material.

⁶⁹ Tenga en cuenta que no hay un aumento en la base del activo subyacente luego de la venta de las acciones. Para simplificar, se da por supuesto que la tasa de ganancias de capital sobre las ventas iniciales y posteriores de acciones es la misma.

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

Si lo comparamos con (1), entonces el propietario inicial obtiene una mayor ganancia con la venta indirecta del activo subyacente; por lo tanto realiza 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, T_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 punto⁷⁰.
- Si el precio del activo subyacente aumenta a la tasa de interés antes de la deducción de impuestos R , entonces el propietario inicial es indiferente entre las opciones de venta inmediata directa e indirecta si y solo si $Z = T$, lo cual significa que las ganancias de capital procedentes de acciones son gravadas y el interés se deduce a la misma tasa.
- Si no se pagaran impuestos sobre las ganancias de capital en las transacciones de acciones ($Z = 0$) y la tasa a la que aumenta el precio el activo subyacente es igual 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.

⁷⁰ Kane (2018) señala la analogía con la idea de "capital atrapado" de la tributación de dividendos a la que hace referencia en __.

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 México⁷¹. 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 3 (página 29) no estaría sujeta a impuestos en Estados Unidos pero sí en Perú, mientras que en China podría o no gravarse.

A. 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 a la renta seguía la premisa de que, en ausencia de operaciones comerciales o empresariales 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 capital⁷². 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)⁷³.

⁷¹ Ley del ISR (México), art. 161.

⁷² Brown (2004), pág. 297.

⁷³ 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, minimizando 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 momento⁷⁴. 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 1970⁷⁵, 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 tenencias⁷⁶. 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 a la renta por parte de los actores extranjeros que comerciaban en petróleo, cereales y productos básicos o que invertían en las tierras agrícolas estadounidenses⁷⁷. 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 estadounidenses⁷⁸.

Impuesto sobre las ganancias de capital obtenidas por no residentes

La Ley de 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 Unidos⁷⁹. 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 los bienes raíces como minas, pozos y otros

⁷⁴ Presumiblemente, el valor de los activos podría reflejar los beneficios contables no distribuidos.

⁷⁵ Petkun (1982), pág. 14.

⁷⁶ *Spokane Daily Chronicle*, 8 de mayo de 1978. Véase también Brown (2004), pág. 298.

⁷⁷ 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 significa 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

⁷⁸ Petkun (1982), pág. 27.

⁷⁹ Disposición principal de la FIRPTA: Código de Impuestos Internos, sección 897.

depósitos naturales, propiedad de la tierra (o mejoras) y opciones para adquirir la tierra⁸⁰, y se grava la venta de todos los bienes raíces 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 neta⁸¹. 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 Unidos⁸².

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

1. derechos de participación directa en bienes raíces ubicados en Estados Unidos;
2. derechos de participación en una empresa nacional que posea un número significativo de bienes raíces situados en Estados Unidos⁸³;
3. derechos de participación 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 mencionados⁸⁴. La ley no altera el principio básico que rige la tributación de los no residentes: 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 extranjera⁸⁵.

⁸⁰ Tenga en cuenta que, en Estados Unidos, los propietarios de tierras son también dueños de lo que se encuentra en el subsuelo debajo de su propiedad.

⁸¹ Brown (2004), pág. 305.

⁸² Petkun (1982), pág. 27.

⁸³ Por "empresa que posea bienes raíces" se entiende la que posea una mayoría de bienes raíces, considerados a valor de mercado.

⁸⁴ Esto comenzaría a aplicarse cuatro años después de la promulgación de la FIRPTA en 1980, es decir, antes de que se incluyera el artículo 13.4 en los MCT.

⁸⁵ Petkun (1982), pág. 23; véase también Doernberg (2012), pág. 112.

Efecto indirecto de la FIRPTA en los inversionistas extranjeros

Según algunos analistas, el hecho de que los inversionistas no residentes estén exentos del impuesto sobre las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una empresa extranjera que posee bienes raíces en Estados Unidos no significa que la FIRPTA presente una laguna regulatoria⁸⁶. Tal como se analizó en el texto en relación con las consecuencias de las TIT y se analizó más profundamente en el apéndice B, el argumento sostiene que cuando se transfiere una empresa extranjera que posee bienes raíces apreciados en Estados Unidos sin pagar el impuesto correspondiente a las ganancias de capital, se transfiere la contingencia tributaria al comprador, quien heredará la base de costos original del activo subyacente. Suponiendo que este activo subyacente se enajene eventualmente de forma directa en el mercado local en una transferencia posterior, el comprador descontará el precio de las acciones extranjeras que representan la propiedad indirecta en su capacidad de transferir bienes raíces estadounidenses sin reconocer ganancias imponibles, el comprador de las acciones extranjeras transferirá los bienes raíces situados en Estados Unidos. El análisis que se presenta en el apéndice B sugiere que con esto el vendedor inicial tendrá exactamente las mismas posibilidades con la venta directa que con la venta indirecta de la empresa estadounidense a un no residente solo según configuraciones particulares de impuestos y otros parámetros.

En el entendimiento de que las empresas extranjeras se encuentran limitadas a pagar un precio más bajo, a fin de tener en cuenta el futuro pasivo por impuestos; este ajuste del precio, si se produce, dará como resultado el cobro indirecto del impuesto estadounidense a la renta sobre el vendedor⁸⁷. Según otro analista, mientras que la venta de las acciones de una empresa extranjera que posee bienes raíces en Estados Unidos no es imponible en virtud de la FIRPTA, cabe esperar que el vendedor extranjero se vea sometido a un impuesto indirecto, dado que recibirá un precio de venta menor que reflejará el futuro pasivo por impuestos de la empresa⁸⁸.

B. Perú

Tras el conflictivo caso de Petrotech (descrito en el recuadro 2), Perú promulgó una ley que gravaba todas las TIT, no solo aquellas cuyo valor derivara de bienes inmuebles ubicados en el país. La venta de un derecho de participación en las empresas no residentes cuyo valor derivara en al menos un 50 % de acciones de empresas residentes en Perú se gravaría en Perú. Para que se aplique el impuesto, se debe transferir al menos el 10 % de los activos de la empresa matriz

⁸⁶ Petkun (1982), pág. 21.

⁸⁷ Petkun (1982), pág. 23.

⁸⁸ Brown (2004), pág. 299.

extranjera residente⁸⁹, por lo que las ventas de inversores minoristas en el extranjero no se verían afectadas.

Recuadro C.1. La ley peruana de impuesto a 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”.

C. China

El enfoque que adoptó China para gravar las ganancias de capital sobre la transferencia de derechos de participación es diferente, pues se estructura como una disposición antiabuso. La norma general es que las ganancias sobre las transferencias directas de activos ubicados en China se gravan con una tasa del 25 %, mientras que las transferencias indirectas transnacionales deben pagar un impuesto idéntico cuando conllevan la venta de bienes inmuebles situados en China. En otros casos, la potestad tributaria sobre las transferencias indirectas de inversiones en capital

⁸⁹ La primera condición se introdujo con la Ley 29663 en febrero de 2001; la segunda, con la Ley 29757, en julio de 2011. La legislación interna de Perú que dispone gravar las TIT puede invalidarse por medio de tratados sobre doble tributación.

accionario se asigna a la jurisdicción donde se ubica la empresa inversora. Esto significa que una empresa no residente que es propietaria de otra sociedad de cartera 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 de cartera; las ganancias de capital se consideran originadas en el lugar donde está ubicada dicha sociedad⁹⁰.

No obstante, si esa sociedad está ubicada en una jurisdicción donde la carga tributaria efectiva es inferior al 12,5 % o donde no se grava la renta transnacional, la autoridad tributaria china puede ignorar dicha sociedad de cartera extranjera y reclasificar la transferencia indirecta como directa, si determina que no hay motivos comerciales razonables para efectuar la transacción transnacional más allá de evitar los impuestos chinos⁹¹.

Entre las consideraciones que se tienen en cuenta para determinar si una transacción pasa la prueba del propósito comercial razonable se incluyen, por ejemplo, las siguientes: i) si el valor del activo directamente transferido deriva al menos en un 75 % (directa o indirectamente) de bienes imponibles chinos; ii) si la empresa no residente no asume funciones y riesgos significativos; las consecuencias fiscales de la transferencia indirecta en el país extranjero son inferiores al impuesto chino que se debería pagar si la venta se hubiera efectuado de manera directa⁹².

El enfoque chino sobre las transferencias indirectas de activos es relativamente defensivo y discrecional: se gravan las TIT cuando se considera que han sido estructuradas para evadir los impuestos del país, sin que sean gravados de manera acorde en otra jurisdicción.

⁹⁰ Norma establecida originalmente en la Notificación n.º 698, del 10 de diciembre de 2009, y reemplazada por la Notificación Pública 7 (2015).

⁹¹ Petkun (1982), pág. 23.

⁹² Wei (2015).

APÉNDICE D. EL ARTÍCULO 13.4 EN LA PRÁCTICA: ANÁLISIS EMPÍRICO

En este apéndice se analizan los tratados sobre doble tributación hasta el año 2015 (prácticamente la totalidad de dichos tratados) para determinar si incluyen o no el artículo 13.4⁹³. También se examinan las características que influyen en la probabilidad de que los países incluyan esta disposición en un tratado sobre doble tributación.

Datos y variables

El análisis 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 ActionAid⁹⁴.

Cerca del 35 % de estos tratados (973) incluye una disposición que faculta al país de la fuente a gravar las ganancias obtenidas por la enajenación de acciones de capital de una entidad cuyos bienes consisten directa o “indirectamente” en su mayoría en bienes inmuebles. (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).

Asimismo, cerca del 35 % de los tratados en los que participa 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 A.1). Por otro lado, un 38 % de los tratados en los que participa 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 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). 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 uno de los países signatarios es 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 %).

⁹³ En algunos tratados, 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”.

⁹⁴ Disponible en <http://www.ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>.

- $IGC_i - IGC_j$ 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 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 imposición en los que participan países de este tipo (casi un sexto del total)⁹⁵.
- *Bajo nivel impositivo x ingreso bajo con recursos* es un término de interacción entre *país rico en recursos y de bajos ingresos y paraíso fiscal*. 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>Inclusión del 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

⁹⁵ La lista incluye 50 jurisdicciones: Andorra, Anguila, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Aruba, Bahamas, Bahrein, Barbados, Belice, Bermuda, Chipre, Costa Rica, Djibouti, Dominica, Gibraltar, Granada, Guernsey, Irlanda, Isla de Man, Islas Caimán, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes (británicas), Jersey, Jordania, Líbano, Liberia, Lichtenstein, Luxemburgo, Macao, Maldivas, Malta, Mauricio, Micronesia, Montserrat, Nauru, Niue, Panamá, Saint Kitts y Nevis, Saint Martin, Samoa, San Marino, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Singapur, Suiza, Tonga y Vanuatu.

<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, expuestos en el cuadro D.2, 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

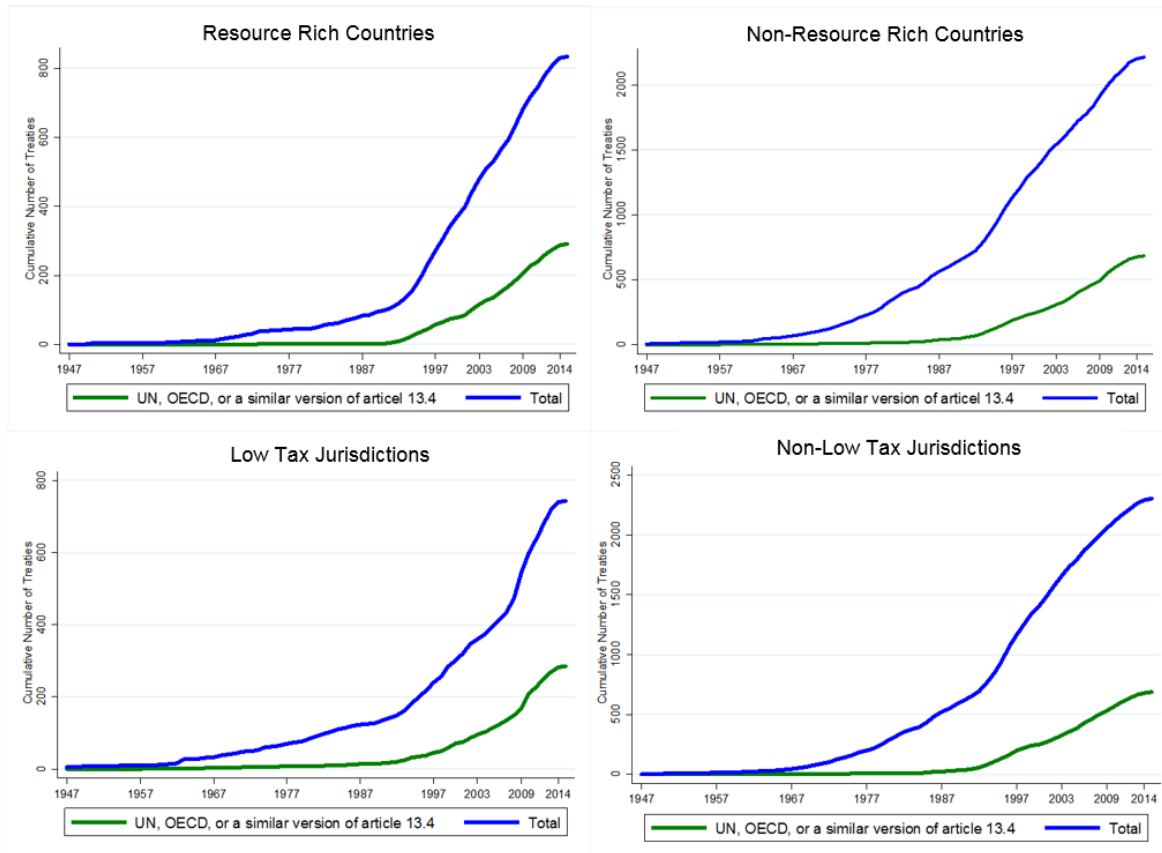
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
La variable dependiente	<i>Inclusión del artículo 13.4</i>					
Modelo	Lineal de probabilidad			Logit		
<i>País rico en recursos y de ingreso bajo</i>	-0,0592**	-0,0593**	-0,0657**	-0,065**	-0,064**	-0,079***
	(0,026)	(0,026)	(0,0276)	(0,027)	(0,027)	(0,027)
$IGC_i - IGC_j$		0,0030***	0,0042***		0,0021**	0,0037***
		(0,000)	(0,000)		(0,0009)	(0,001)
<i>Bajo nivel impositivo</i>			-0,133***			-0,164***
			(0,024)			(0,024)
<i>Bajo nivel impositivo x país rico en recursos y de ingreso bajo</i>			-0,162*			-0,164
			(0,084)			(0,146)
<i>Año</i>	0,0136***	0,0135***	0,0141***	0,017***	0,016***	0,017***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Constante	-26,88***	-26,76***	-27,80***	-180,5***	-177,4***	-195,8***

	(1,063)	(1,072)	(1,092)	(9,628)	(9,609)	(10,64)
Observaciones	3044	2971	2971	3044	2971	2971
R^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



Source	Target
Resource Rich Countries Cumulative Number of Treaties UN, OECD, or a similar version of article 13.4 Total	Países ricos en recursos Número acumulado de tratados ONU, OCDE o una versión similar del artículo 13.4 Total
Non-Resource Rich Countries Cumulative Number of Treaties UN, OECD, or a similar version of article 13.4 Total	Países no ricos en recursos Número acumulado de tratados ONU, OCDE o una versión similar del artículo 13.4 Total
Low Tax Jurisdictions Cumulative Number of Treaties UN, OECD, or a similar version of article 13.4 Total	Jurisdicciones de bajo nivel impositivo Número acumulado de tratados ONU, OCDE o una versión similar del artículo 13.4 Total
Non-Low Tax Jurisdictions Cumulative Number of Treaties UN, OECD, or a similar version of article 13.4 Total	Jurisdicciones sin bajo nivel impositivo Número acumulado de tratados ONU, OCDE o una versión similar del artículo 13.4 Total

BIBLIOGRAFÍA

- Arnold, Brian J. y Michael J. McIntyre (1995), *International Tax Primer*, Den Haag, Países Bajos, Kluwer Law.
- Auerbach, Alan (2002), "Taxation and Corporate Financial Policy," págs. 1251-1292, en Alan J. Auerbach y Martin Feldstein (comps.), *Handbook of Public Economics*, vol. 3, North Holland, Amsterdam.
- Auriol, Emmanuelle y Michael Warlters (2005), "Taxation Base in Developing countries", *Journal of Public Economics*, vol. 89, págs. 625-646.
- Beer, Sebastian y Jan Loeprick (2017), "Profit Shifting in the Oil and Gas Industry", *Energy Economics* (2017), vol. 61, págs. 186-198.
- Brown, Fred B. (2004), "Wither FIRPTA?", en *Tax Lawyer*, vol. 57, n.º 2, pág. 297.
- Burns, Lee, Honoré Le Leuch y Emil Sunley (2015), "Taxing Gains on Transfer of Interest", de próxima aparición, en Philip Daniel, Michael Keen, Artur Swistak y Victor Thuronyi (comps.), *International Taxation and the Extractive Industries*, Routledge.
- Cope, Charles W. y Parul Jain (2015), "Taxation of Indirect Share Transfers: Recent Development in India and Related Policy Considerations", *Tax Notes International*.
- Crivelli, Ernesto, Ruud de Mooij y Michael Keen (2016), "Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries", *FinanzArchiv*, vol. 72, págs. 268-301.
- Cui, Wei (2015), "Taxation of Non-residents' Capital Gains", págs. 107-154, en Hugh Alt y Brian Arnold (comps.), *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, Naciones Unidas.
- Daniel, Philip, Michael Keen y Charles McPherson (comps.) (2010), *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Practices and Problems*, Routledge.
- Desai, Mihir A. y James R. Hines Jr. (2003), "Evaluating International Tax Reform", en *National Tax Journal*, vol. 56 (septiembre), págs. 409-40.
- Doernberg, Richard L. (2012), *International Taxation in a Nutshell*, West Publishing.
- Fondo Monetario Internacional (2014), "Spillovers in International Corporate Taxation" [en línea], www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf.
- Fondo Monetario Internacional, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Grupo Banco Mundial y Naciones Unidas (2015), Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment [en línea], <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515.pdf>.
- Hearson, Martin (2014), "Capital Gains Tax Avoidance: Can Uganda Succeed Where India Didn't?", 23 de septiembre [en línea], <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, Instituto de Estudios sobre el Desarrollo [en línea], <http://ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>.
- Hines, James R. y Eric M. Rice (1994), "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business," *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109, págs. 149-182.
- Kane, Mitchell (2018), "Offshore Transfers: Policies and Divergent Views", de próxima aparición, en *the Bulletin of International Taxation*.
- Krever, Rick (2010), "Tax Treaties and the Taxation of Non-residents' Capital Gains", págs. 212-238, en Arthur Cockfield (comp.), *Globalization and its Discontents: Tax Policy and International Investments*, University of Toronto Press, Toronto.
- Naciones Unidas (2015), Note on Capital Gains Taxation and Taxation of Indirect Asset Transfers, [en línea], http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/11STM_Attachment2_Cgt.pdf.
- Naciones Unidas (2016), *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Naciones Unidas, pág. 108, Nueva York.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2014a), Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries, parte 1 [en línea], <http://www.oecd.org/tax/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2014b), Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries, parte 2 [en línea], <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*, junio/julio, págs. 375-381.
- Petkun, Lisa B. (1982), "The Foreign Investment in Real Property Act of 1980", *Penn State International Law Review*, vol. 1, número 1, artículo 2.
- Sinn, Hans-Werner (1991), "The Vanishing Harberger Triangle", *Journal of Public Economics*, vol. 45, págs. 271-300.
- Toledano, Perrine, John Bush y 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 [en línea], <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/10/Designing-a-legal-regime-to-capture-capital-gains-tax-CCSI-ISLP-Oct-2017.pdf>.
- Waerzeggers, Christophe y Cory Hiller (2016), "Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)—Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose", nota técnica del FMI sobre derecho tributario 2016/1, Departamento Legal del FMI.

Wei, Jinji (2015), "China Extends Tax Rights on Nonresidents' Capital Gains from Indirect Transfers", *International Tax Notes*, 9 de febrero.

Wijnen y de Goede (2014), "The UN Model in Practice 1997-2013", *Tax Treaty Monitor*, Brian J. Arnold, en cooperación con la Unidad de Tratados Tributarios del IBFD.