

AVANCE Técnico

División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020. No. 03.

**Cláusula Antielusiva: ¿es posible,
peligrosa, o viola principios
fundamentales?. (Última entrega)**

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020, No. 3.**

En nuestros Avances anteriores sobre este tema (Nros. 04 y 06 de Noviembre) hablamos de múltiples términos involucrados con él, incluso, haciendo especial énfasis en lo referente a la Sustancia Económica, como elemento fundamental para determinar si una transacción o cláusula pudiera ser considerada o no, como potencialmente elusiva.

Ya para finalizar este tema, quisimos referirnos en esta ocasión a una “herramienta” que si bien pudiera considerarse que está unguada de toda la consideración jurídica y normativa posible, si cae en las manos inapropiadas, o con una visión maliciosa, puede convertirse en un vehículo estructuralmente ideal para propiciar la elusión del contribuyente; esto no es más que el mal empleo del Convenio para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Elusión Fiscal (CDI), por medio de su “compra” o lo que suele denominarse corrientemente como el *TREATY SHOPPING*, o lo que otros llaman, “abuso de tratados”.

Para poder comprender entender el problema, lo primordial es conocer de qué estamos hablando.

La expresión “abuso de tratados” se asocia con aquellas conductas que, aprovechando las disposiciones que surgen de un CDI, logran aliviar o eliminar la carga impositiva por medio de la creación de circunstancias que entran en colisión con el espíritu y los objetivos perseguidos por los Estados al firmar el referido CDI, es decir, emplean el CDI para algo más que regular las transacciones naturales entre dos jurisdicciones, yendo más allá, en este caso en la búsqueda de beneficios impositivos que no son los que por naturaleza deberían producirse.

Se trata de conductas que son consecuencia de una planificación fiscal o tributaria que rebasa los límites legales atribuidos a la economía de opción inclusive, llevando así a un uso impropio de tratados que implica, o bien el amparo a un CDI por una persona que no tendría derecho a ello, o bien la calificación inadecuada en el marco de un CDI de las circunstancias fácticas involucradas. Suele hablarse así de que las formas de abuso de tratados pueden ser de carácter subjetivo u objetivo, en función de si el objeto del abuso es el ámbito subjetivo del CDI o las propias disposiciones objetivas de un tratado aplicable, respectivamente.



El abuso subjetivo (*Treaty Shopping (TS)*): el treaty shopping es el fenómeno abusivo que siempre se ha llevado la mayor parte de la atención. Se trata de un fenómeno por el cual un sujeto aplica para sí, los beneficios de un CDI al cual no tendría derecho. Se materializa cuando un residente de un tercer Estado interpone una entidad en uno de los Estados contratantes, con el objetivo de que tal entidad se beneficie de las tasas reducidas o exoneraciones en la fuente, que tienen origen en el CDI utilizado.

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020, No. 3.**

El abuso objetivo (*Rule Shopping (RS)*): las técnicas de rule shopping no tienen por finalidad la aplicación de un CDI, sino que el “objeto del abuso son las disposiciones del tratado mismo”. Se trata esencialmente de un problema de calificación de rentas, ya que una vez que el CDI es aplicable, se intenta que la renta percibida califique en la categoría que reduce en mayor medida la tributación en la fuente.

En el caso de ambos tipos de acciones o maniobras, (*treaty shopping* y *rule shopping*) podrían considerarse formas abusivas en tanto se recurra a estructuras artificiosas que no posean una sustancia acorde al tipo de negocio, o se violenten el objeto y los fines de los CDI utilizados, descartándose así el carácter abusivo de aquellos diseños jurídicos adoptados en el marco de una planificación tributaria lícita.



Como uno de varios ejemplos para el caso del TS, pensemos en lo siguiente: una entidad ubicada en una jurisdicción A, no tiene CDI suscrito con la jurisdicción C, en la cual tiene actividad por medio de una entidad subsidiaria; por otra parte, la jurisdicción B si tiene CDI suscrito con C, pero en ella la entidad de A no tiene operación alguna. Entendiendo el efecto de como está planteado el escenario, la entidad de A, determina que si establece su Sede de Dirección en B, tendría entonces derecho a la aplicación del CDI entre esta y C, pero a sabiendas de que realmente en A, no tiene actividad real alguna ni espera tenerla, teniéndola solo para recibir los beneficios desde su subsidiaria en C, y tener mínima o ninguna tributación gracias al CDI. Esa acción, para beneficiarse de la aplicación del CDI B-C, es lo que podríamos calificar como TS.

Rule Shopping y Treaty Shopping: “*dividend stripping*”

En el caso de los CDI suscritos, y siguiendo lo que es una de las clásicas figuras empleadas para el retorno de la inversión de capital, está el dividendo.

El *dividend stripping* como forma de RS, es una técnica que pretende aprovecharse del tratamiento diferencial o dispensatorio, en muchos casos con alícuota reducida o “0”, que suelen otorgar los CDI a los dividendos y a las ganancias de capital (capital gains). Los modelos de CDI más difundidos, y por ende la amplia mayoría de este tipo de tratados, establecen sobre los dividendos una potestad tributaria compartida con límite en el Estado de la fuente, mientras que sobre las ganancias de capital la potestad tributaria se asigna exclusivamente al Estado de la residencia del beneficiario de la renta; es decir, en el primer caso se aplica la regla de atribución compartida, y en el segundo, la regla de atribución única.

Siendo esto así, si el valor de los dividendos, cuyo importe fuera cierto pero aún no

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020, No. 3.**

distribuido, se realizara por medio de la enajenación de las participaciones patrimoniales que dan derecho a su cobro (se transformarían los dividendos en ganancias de capital), se evitaría el gravamen en la fuente, pasando la potestad tributaria íntegramente al Estado de la residencia del beneficiario de la renta.

A su vez, esta técnica puede ser más ambiciosa si la venta de las participaciones patrimoniales se realizara a una entidad residente en un Estado que tuviera un CDI vigente con el Estado de la residencia de la sociedad, que fuere más favorable que el que hubiera correspondido aplicar originalmente, adicionándosele así a la práctica de rule shopping descrita, un indiscutible escenario de *treaty shopping* que lograría reducir la tributación sobre los dividendos efectivamente distribuidos.



Lo expuesto previamente con los dividendos, solo constituye un tímido ejemplo de todo aquello que puede presentarse en el mal empleo de un CDI. Esto también puede presentarse con las Regalías, Intereses, Asistencia Técnica, etc. Esto se dará en todo aquello que permita la reducción de la posible tributación que pudiera generarse para un inversor cuando puede aplicar un CDI al cual tenga derecho naturalmente, o incluso de aquel, al que pretenda aplicar vía “compra” como ya lo observamos.

Ante la innegable realidad de que los CDI se han constituido en una herramienta utilizada para reducir los impactos impositivos de las operaciones internacionales vis a vis casa matriz y subsidiaria, el recurso de la aplicación de medidas antiabuso, ha surgido como la principal respuesta de los Estados ante los comportamientos de los contribuyentes que podrían tildarse de abusivos.

En definitiva, la planificación tributaria existe, y este tipo de medidas constituyen el instrumento para intentar confinar esa planificación a sus justos límites, desde la perspectiva de cada una de las normativas nacionales. Así como sostenemos que las prácticas abusivas en el marco de un CDI pueden ser tantas como la realidad e imaginación lo permitan, el diseño de las políticas que intentan atacar este fenómeno también será producto de la creatividad, si bien es cierto que estas suelen tener su origen en la reacción ante prácticas abusivas ya concebidas (fenómeno de acción-reacción), por lo que la normativa antiabuso generalmente viene con un notable desfase o demora. En este contexto, la adopción de medidas antiabuso en los propios CDI es una opción habitualmente utilizada, lo que tiene como característica destacada el hecho de dejar de manifiesto en el texto convenido las posiciones de los Estados contratantes frente al uso del CDI como herramienta para la mala planificación fiscal.

Ante este escenario nos preguntamos: ¿qué están haciendo los CDI para evitar el abuso?.

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020, No. 3.**

Existen varias medidas antiabuso incluidas en los CDI que resultan frecuentemente utilizadas, entre las cuales se cuentan:

✓ Cláusula de transparencia (*look-through approach*).

Esta disposición, también conocida como “enfoque del levantamiento del velo”, pretende excluir del ámbito de beneficiarios del CDI a aquellas entidades que estén controladas, directa o indirectamente, por sujetos que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes; es decir, busca evitar la aplicación del CDI a los que realmente no tengan un interés económico real en ninguna de las dos jurisdicciones emparentadas con el CDI.

✓ Cláusula de tránsito (*channel approach*).

Igualmente conocida como “cláusula de erosión de la base”, la cual es diseñada específicamente para responder ante las prácticas que utilizan sociedades instrumentales para el desarrollo de estrategias trampolín (*stepping stone strategy*). En efecto, en aplicación de dicha cláusula podrían negarse los beneficios de los CDIs cuando las rentas originadas en un Estado contratante fueran obtenidas por entidades residentes del otro Estado contratante que, siendo controladas por residentes de terceros Estados, destinaran una porción importante de tales rentas para pagar sumas de dinero a éstos últimos de forma tal que erosionaran su rentabilidad y, por ende, su base imponible. Dicho de otra manera, el beneficio cae y rebota hacia los inversores no residentes en la jurisdicción beneficiaria del CDI.

✓ Cláusula de sujeción a impuestos (*subject to tax approach*).

Por medio de esta se evita que quienes no estén sujetos a impuestos en su país de residencia, puedan beneficiarse de las reducciones impositivas que otorgue el país de la fuente por aplicación de un CDI existente entre ambos Estados.

La presente cláusula puede asumir diversas variantes, entre otras: a) limitar su aplicación a las operaciones entre entidades vinculadas, ya sea por capital u otro tipo de control, o aplicarla independientemente de los sujetos involucrados; b) limitarla únicamente a ciertos tipo de rentas amparadas en el CDI, o darle un alcance generalizado; c) admitir en el concepto de sujeción a impuestos a todas la partidas que verifiquen el hecho generador de un impuesto comprendido en el CDI, independientemente de que ello se traduzca o no en su pago efectivo (se admitiría así el amparo en el CDI de los sujetos exonerados), o asumir un formato de sujeción efectiva a impuestos que apuntaría directamente a eliminar escenarios de doble no imposición internacional.



✓ Cláusula de exclusión (*exclusion approach*)

Esta cláusula está destinada a excluir explícitamente de la aplicación del CDI a las sociedades que gocen de regímenes fiscales privilegiados en el Estado de su residencia. Un fundamento teórico para la incorporación de una cláusula de este tipo en un CDI puede encontrarse en el hecho de que posiblemente, el nivel de imposición de uno de los Estados contratantes ya de por sí reduce todo riesgo de doble imposición internacional, o bien, éste puede subsistir, pero en mínima medida. El diseño de estas disposiciones puede dirigirse a apuntar a cierto tipo de régimen fiscal privilegiado vigente, dejarlo abierto a otros de naturaleza similar que puedan implantarse en un futuro, o bien podrían diseñarse elaborando una fórmula genérica que permita identificar a los regímenes fiscales que se pretende abarcar.

✓ Cláusula de beneficiario efectivo (*beneficial ownership*)

Las cláusulas de beneficiario efectivo aparecen generalmente en los artículos relativos a dividendos, intereses y regalías, por lo que tienen aplicación preponderante sobre las denominadas rentas pasivas. Su objeto es evitar que sujetos que sean residentes de terceros países se beneficien de las reducciones impositivas en la fuente dispuestas por un CDI, simplemente interponiendo una o varias sociedades en alguno de los Estados contratantes. Por lo tanto, para aprobar el test que presupone esta medida, no se trata específicamente de ser el dueño o titular de los bienes generadores de las rentas, sino de ser directamente el receptor final de tales rentas.



✓ Cláusulas de salvaguarda: métodos basados en la buena fe (*bona fide provisions*).

La inclusión de medidas antiabuso podría llegar a afectar la aplicación del CDI a ciertas actividades en las cuales prevalezca la buena fe y hayan sido concebidas como algo real y con propósito, y no solo como un vehículo para atenuar la carga tributaria.

Es así como entonces, los CDI a la par de las cláusulas antiabuso, necesariamente deben incluir las que efectivamente respeten a este tipo de actividades reales. Estas son entonces las llamadas cláusulas sobre la base de la buena fe.

En efecto, los métodos basados en la buena fe se basan en establecer indicaciones que permitan discernir entre las actividades meritorias de la protección del tratado y aquellas que no lo son, pudiendo así, adoptar distintas variantes entre las que pueden destacarse:

**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020, No. 3.**

- Cláusula general de buena fe; destinada a actividades que estén motivadas por verdaderas razones comerciales y que no tengan como objetivo primario el acceso a los beneficios del CDI. También es frecuente encontrarnos con disposiciones que serían el espejo de esta cláusula, es decir, que niegan específicamente ciertos beneficios de un CDI cuando la única motivación de las actividades involucradas sea obtener los beneficios del tratado (podríamos referirnos a esta variante como una cláusula de mala fe).
- Cláusula de actividad; la cual aplica cuando se pueda demostrar el ejercicio de actividades empresariales de envergadura que son las que generan las rentas que pretenden ampararse en el CDI.
- Cláusula de la cuantía de los impuestos; que apunta dar cobertura a aquellos casos en que la reducción de impuestos que se obtiene en la fuente por aplicación del CDI no excede el impuesto que efectivamente deba pagarse en el Estado de su residencia.
- Cláusula de cotización en bolsa; que tiene aplicación cuando las acciones de la sociedad que pretende ampararse en el CDI, o de las sociedades que sean titulares de su capital accionario, coticen en una bolsa de valores reconocida en un Estado contratante, por lo que sería la ley de mercado la que estaría garantizando la efectiva naturaleza operativa de la sociedad.
- Cláusula de desgravación alternativa; dejando de esta manera a salvo de las medidas antiabuso los casos en que intervengan residentes de terceros Estados que tengan vigente un CDI con el Estado contratante al que se le solicite la reducción impositiva, que sea no menos favorable que aquél que se pretende aplicar.
- ✓ Cláusula general de limitación de beneficios (*limitation of benefits – LOB*).

Cada una de las medidas antiabuso expuestas anteriormente intenta atacar maniobras específicas de treaty shopping.

No obstante, tomando como principal antecedente la redacción del artículo 22º del Modelo de Convenio de Estados Unidos (1996), la OCDE ha sugerido que aquellos países que quieran atender de manera integral esta problemática evalúen la inclusión de una cláusula general de limitación de beneficios. Es así que en el apartado 20 de los Comentarios al artículo 1º del Modelo de la OCDE (2010) se incluye un texto propuesto de una cláusula de este tipo, el cual ha sido adoptado total o parcialmente en varios CDI. En esencia, se trata de una compilación de varias de las medidas comentadas



**AVANCE Técnico / División de Asesoría Tributaria & Legal.
09 Diciembre 2020, No. 3.**

anteriormente de manera aislada, que apunta al desarrollo de un test de la entidad que reclama los beneficios del tratado (en rigor se trata de numerosos tests), que evalúe la fuerza de conexión que dicha entidad mantiene con el Estado en que reside. Únicamente de aprobarse este test la entidad adquiere la calidad de residente calificado y, por ende, el derecho a ampararse en el CDI.

Además de la posibilidad de incluir medidas específicas contra el abuso de tratados, resulta habitual que en el marco de un CDI los Estados opten por hacer remisiones expresas a su normativa interna antiabuso.

Así entonces, se abre un amplio abanico de posibilidades que dependerá de la variedad de este tipo de cláusulas existentes en la normativa interna de los Estados contratantes, y de la voluntad que expresen de incluirlas en el texto del CDI en función de la importancia relativa que le asignen a cada una de ellas. En este contexto aparecen remisiones a normativas antiabuso generales de carácter doméstico, así como también a normativas específicas antiabuso; entre las primeras nos encontramos, entre otras, con las reglas de “sustancia sobre la forma” (a la cual ya nos referimos ampliamente en la Entrega anterior), mientras que algunos ejemplos de las segundas podrían ser las reglas de capitalización delgada (“subcapitalización” o *thin capitalization*) y los regímenes de sociedades extranjeras controladas (CFC rules).

A su vez, hay quienes han asignado a las remisiones expresas a los Comentarios al Modelo de la OCDE el poder de atribuir potestad a los Estados contratantes de recurrir a su normativa interna antiabuso, en la medida que los referidos Comentarios así lo entienden pertinente.

Las estrategias desarrolladas por los contribuyentes, que pudieran considerarse como orquestadas para lograr una planificación fiscal en términos indeseables, solo podrían juzgarse como vedadas cuando condujeran a resultados ilegítimos.

Como es fácil de imaginar, en la práctica, determinar cuándo se está ante un uso impropio de un determinado CDI y no ante una legítima decisión de un contribuyente enmarcada en los límites de la economía de opción, puede entrañar una gran complejidad. Lo dicho hasta la presente Entrega, sin duda no pretende agotar el tema, hay mucho por decir, no obstante nuestro interés fue el de asomar los aspectos importantes que han podido ser observados en la práctica. Cada quien debe formarse su propio criterio, y sin duda, entender que bajo ninguna tesis, la idea de emplear el CDI como una forma de eludir es admisible.

Antonio Dugarte Lobo
Socio División de Asesoría Tributaria & Legal
antonio.dugarte@crowe.com.ve