

La Tributación de las Ganancias de Capital en los Modelos de Convenio de Doble Imposición

María Teresa Soler Roch*

Resumen:

El artículo trata de la tributación de las ganancias de capital en situaciones transfronterizas, de acuerdo con las disposiciones previstas en los distintos Modelos de Convenio (OCDE, ONU y EEUU). Tras una introducción al tema, el artículo analiza el concepto de ganancias de capital, así como las reglas de atribución aplicables a las ganancias obtenidas en la transmisión de distintos tipos de bienes, incluyendo cláusulas anti-abuso específicas y una referencia final a los impuestos de salida.

Palabras clave:

Fiscalidad internacional – Convenios de doble imposición – Ganancias de capital – Reglas de atribución – Impuestos de salida

Abstract:

The article deals with the taxation of capital gains in cross-border situations, according to the relevant provision in the different Model Conventions (OECD, UN, and US). Following an introduction to the topic, the article analyzes the concept of capital gains, as well as the allocation rules applicable to gains derived from the alienation of different type of assets, including specific anti-abuse provisions and a final reference to the exit taxes.

Keywords:

International taxation – Double tax convention – Capital gains – Allocation rules – Exit taxes

Sumario:

1. Introducción – 2. El concepto de ganancias de capital a efectos de aplicación del Convenio – 3. Las reglas de atribución – 4. Referencia a los impuestos de salida (exit taxes)

* Licenciada y Doctora por la Universidad de Valencia. Actualmente Catedrática de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Alicante. Ha sido Profesora visitante en University of Florida (2001) y Université Paris II Panthéon-Assas (2007 y 2008). Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2008-2012). Es miembro de la Asociación Española de Derecho Financiero (Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario ILADT, International Fiscal Association IFA Spanish Branch), European Association of Tax Law Professors (EATLP), Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) y Board of Trustees of the International Bureau for Fiscal Documentation (IBFD).

1. Introducción

Bajo la rúbrica “Ganancias de capital” (*Capital Gains*), el artículo 13 de los distintos Modelos de Convenio de Doble imposición (en adelante CDI), es el precepto dedicado a este tipo de rentas y su contenido responde al esquema habitual de este precepto en los Convenios dedicados, esencialmente, a establecer los criterios de atribución de la renta en función de distintos supuestos, con el consiguiente reparto del poder tributario entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente.

Con carácter general, puede afirmarse que el precepto no contiene ni una definición expresa de la renta objeto de atribución, ni reglas de cuantificación; sin embargo, como expondremos más adelante, puede deducirse un concepto de lo que constituyen ganancias de capital a efectos de aplicación del Convenio, así como, en el Modelo de Convenio de Estados Unidos (2006, en adelante *US MC*), las reglas diferentes o especiales que afectan a la delimitación con las rentas contempladas en el artículo 12 (cánones o regalías)¹.

La evolución del precepto en la redacción de los distintos Modelos de Convenio, ha venido determinada, a partir de una tributación muy limitada en el Estado de la fuente reducida a bienes inmuebles y activos afectos a establecimientos permanentes (*OECD Model Convention 1963*, en adelante *OECD MC*), por una progresiva ampliación de los supuestos de atribución de este tipo de rentas al Estado de la fuente, con el consiguiente resultado de tributación compartida y doble imposición. En estos casos, la razón de ser de la norma, formalmente configurada como regla de atribución es, en realidad, la de una medida anti-abuso a fin de evitar o neutralizar conductas destinadas a eludir la tributación en el Estado de la fuente al amparo de la regla residual de tributación exclusiva en el Estado de residencia; este es el caso de la cláusula relativa a las sociedades de tenencia de inmuebles. En esta misma línea, determinados Convenios bilaterales, incluso al margen del *OECD MC*, han incluido otras cláusulas anti-abuso configuradas como reglas de atribución de la renta al Estado de la fuente (tributación compartida); este es el caso de la cláusula de “participación sustancial”, prevista en el *UN Model Convention* (2011, en adelante *UN MC*).

No obstante esta evolución, debe tenerse en cuenta por un lado, que la ampliación de los supuestos afecta únicamente a los CDI que hayan incluido este tipo de cláusulas y por otro que, incluso en estos Convenios, las reglas establecidas

en el artículo 13 determinan que no todas las ganancias de capital se rigen por el criterio de la tributación compartida, ya que el precepto contiene una regla de atribución específica para buques y aeronaves así como la cláusula residual, que implican la tributación exclusiva en el Estado de la sede de dirección efectiva o en el de residencia, respectivamente. En los CDI que las incluyen, tanto la regla especial de las sociedades de tenencia de inmuebles como la cláusula de participación sustancial son, en puridad, excepciones a la regla de atribución prevista en la cláusula residual.

Finalmente, debe reseñarse que en los Convenios bilaterales es cada vez más frecuente la inclusión en los Protocolos de medidas anti-abuso, especialmente cláusulas destinadas a combatir el abuso de Convenio (*Treaty shopping*) y cuyo ámbito afecta, junto a otros preceptos, a la aplicación del artículo 13.

A continuación expondremos la regulación de las ganancias de capital de acuerdo con lo dispuesto en los distintos Modelos de Convenio, sistematizando la exposición en base al concepto de ganancias de capital y a su tributación de acuerdo con las reglas de atribución del Convenio.

2. El concepto de ganancias de capital a efectos de aplicación del Convenio

El artículo 13 no contiene un concepto de ganancias de capital, que debe inferirse de la expresión “*gains derived (...) from the alienation*” (*OECD MC* y *UN MC* artículo 13.1) o “*gains derived (...) attributable to the alienation of shares*” (*US MC* artículo 13.1). Es decir, no estamos ante un concepto preciso como el que contienen los preceptos relativos a otras rentas (establecimiento permanente, dividendos, intereses y cánones o regalías). Ello significa, en principio, que será aplicable la regla de interpretación contenida en cada caso en el CDI (artículo 3 apartado 2 del *OECD MC*) y en consecuencia, a menos que del contexto del Convenio se infiera otra cosa, será aplicable el concepto de ganancia de capital gravable de acuerdo con la ley del Estado que aplique dicho Convenio.

En este sentido, como advierte el Comentario al artículo 13 del *OECD MC*, la dependencia del Derecho interno para la aplicación de este precepto es significativa, teniendo en cuenta que lo que se consideran ganancias de capital con ésta u otra denominación (ganancias patrimoniales, incrementos de patrimonio, plusvalías o simplemente ganancias derivadas de enajenación) y sobre todo, lo que se consideran

¹ El *US MC* se caracteriza por incluir en el concepto de cánones no sólo las rentas derivadas del “uso o cesión de uso”, sino también las derivadas de la enajenación (ganancias de capital) de intangibles.

ganancias sometidas a gravamen, puede variar considerablemente de un Estado a otro². Es en definitiva, al Derecho interno de los Estados firmantes del Convenio, al que deberá acudirse para determinar los supuestos de sujeción, no sujeción, exención o, en su caso, diferimiento del gravamen; circunstancia esta última a tener en cuenta en los Estados miembros de la Unión Europea, en relación con las ganancias de capital generadas en operaciones de reestructuración empresarial³.

No obstante, en algún caso, la no sujeción de determinadas ganancias de capital resulta de lo dispuesto en el propio Convenio, que excluye del ámbito de aplicación del artículo 13 las resultantes de determinadas operaciones. Este es, por ejemplo, el caso CDI (2013) firmado entre Argentina y España, cuyo Protocolo establece que: *“Las meras transferencias de activos resultantes de procesos de reorganización empresarial no producirán efectos fiscales de acuerdo con las legislaciones internas de los Estados contratantes”*⁴.

Precisamente, esa asimetría de los distintos ordenamientos tributarios en cuanto al gravamen de este tipo de rentas, unida a las distintas reglas de atribución contenidas en el artículo 13, ofrece oportunidades de planificación fiscal, bien amparando una determinada operación en la regla más favorable (*rule shopping*) o bien aprovechando una disparidad de tratamiento en la legislación de ambos Estados (*international tax arbitrage*) que genere a favor del contribuyente, situaciones de doble no imposición. Ello explica la creciente inclusión de cláusulas anti-abuso relacionadas con la aplicación de este precepto en los CDI.

No obstante, el hecho de que el artículo 13 no contenga una definición precisa, no implica que no pueda inferirse del mismo un concepto de ganancias de capital, en la medida en que éstas se derivan de la “enajenación de bienes”, expresión que, de acuerdo con el citado Comentario, cubre todo tipo de negocio traslativo de dominio, ya sea venta total o parcial, canje o permuta, donación e incluso transmisión *mortis causa*⁵.

De acuerdo con esta aproximación, no se incluirían en el ámbito de este precepto otro tipo de ganancias o incrementos de patrimonio,

tales como premios o ganancias de juego y en tal sentido se pronuncia el Comentario⁶. Hay que entender que este tipo de rentas se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 21 del Convenio (“Otras rentas”).

Una interpretación lógica del concepto de ganancia de capital derivada de una transmisión, indica, asimismo, que se trata de las denominadas ganancias “realizadas”, por lo que el concepto no incluiría, en principio, las ganancias de capital “no realizadas” que corresponden al gravamen del aumento de valor de los bienes que se pone de manifiesto mediante actualizaciones o revalorizaciones contables. Debe advertirse no obstante que, a este respecto, el Comentario entiende que en el caso en que la revalorización de activos se someta a gravamen, la regla aplicable debería, en principio, ser la misma que la prevista para la transmisión de dichos activos⁷.

Cuestión distinta es la de aquellas plusvalías que un determinado Estado (el de residencia hasta el momento del traslado), por disposiciones de Derecho interno, pueda considerar “realizadas” por el mero hecho del traslado (establecimiento permanente) o cambio de residencia del contribuyente. Son los denominados “impuesto de salida” (*exit taxes*), tema especialmente discutible y problemático en el ámbito de la Unión Europea, como demuestran recientes iniciativas de la Comisión a este respecto y algunas sentencias del Tribunal de Justicia⁸ y al que nos referiremos más adelante.

La ganancia de capital derivada de una transmisión implica, generalmente, un cálculo de dicha ganancia en base a diferencias de valor. El artículo 13 no contiene reglas de cuantificación, por lo que la determinación de la ganancia sometida a gravamen dependerá de las reglas de cálculo establecidas en la legislación del Estado (o de ambos Estados, en el caso de tributación compartida) que, de acuerdo con el Convenio, tenga atribuido el gravamen.

La conexión del concepto de “cánones o regalías” en el artículo 12 de los distintos Modelos y Convenios, con un determinado título jurídico (generalmente identificado con el “uso o cesión de uso”), así como la posición de un buen número de

2 OECD MC: Comentario al artículo 13, número 2.

3 Por aplicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre, de fusiones, aportación de activos, canje de acciones y traslado de domicilio de la sociedad europea, así como sus transposición a la legislación interna de los Estados miembros.

4 Cláusula del Protocolo en relación con el artículo 13.

5 Comentario cit., número 5.

6 Comentario cit., número 19.

7 Comentario cit., número 9.

8 COM (2006) 825 final, de 19 de diciembre de 2006. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros”. Vid. entre otras, las sentencias del TJUE: 29 de noviembre de 2011 (C-371/10) *National Grid*, 12 de julio de 2012 (C-269/09) *Comisión c. España* y 6 de septiembre de 2012 (C-38/10) *Comisión c. Portugal* y 23 de enero de 2014 (C-164/12) *DMC*.

Estados a favor del gravamen en la fuente de este tipo de rentas, puede convertir al artículo 13 en un refugio o norma de cobertura para eludir la doble imposición de los cánones o regalías, amparando la cesión en un negocio jurídico traslativo del dominio (“enajenación” en lugar de “uso o cesión de uso”). Planteada de este modo la operación y salvo que los derechos objeto de la transmisión fueran activos afectos a un establecimiento permanente del transmitente en el otro Estado, el resultado sería la aplicación a estas ganancias de la cláusula residual del artículo 13 y en consecuencia, su tributación exclusiva en el Estado de residencia del transmitente (o incluso, eventualmente, la no tributación si en dicho Estado no se gravan estas ganancias). El tema es especialmente sensible en aquellos Estados, importadores de tecnología, que por regla general y a pesar de lo dispuesto en el artículo 12 del *OECD MC*, prevén en sus CDI la tributación compartida de los cánones y en relación con los cuales pueden darse situaciones de *rule shopping*, con la finalidad de utilizar la cláusula residual del artículo 13 para evitar la tributación de los cánones o regalías en el Estado de la fuente.

3. Las reglas de Atribución

3.1 Bienes inmuebles

La regla general de atribución para los bienes inmuebles, permite al Estado de la fuente gravar las ganancias de capital derivadas de las transmisiones de este tipo de bienes. Este es el tenor literal de la regla contenida en apartado 1 del artículo 13 tanto en el *OECD MC* como en el *UN MC*:

“Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of immovable property referred to in Article 6 and situated in the other Contracting State may be taxed in that other Contracting State”.

En sentido análogo, el apartado 1 del artículo 13 del *US MC* establece:

“Gains derived by a resident of a Contracting State that are attributable to the alienation of real property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State”.

A partir del concepto general de ganancias de capital expuesto en el punto anterior, la interpretación de la regla de atribución contenida en el apartado 1 del artículo 13, se centra en determinar qué debe entenderse por “bienes inmuebles” (*immovable property*), concepto respecto del cual y a tenor pueden inferirse tres características:

La primera, que el concepto de bienes inmuebles es el recogido en el artículo 6 del Modelo.

La segunda, es la irrelevancia del destino del inmueble, entendiéndose por tal el que se trate o no de un inmueble afecto a la realización de actividades económicas. Es ésta una característica que se deduce de lo previsto en el propio artículo 13 que, en el apartado relativo a la regla de atribución de las ganancias derivadas de la enajenación de bienes afectos a un establecimiento permanente se refiere, exclusivamente a “bienes muebles” (*movable property*); con lo cual, es evidente que los inmuebles afectos se rigen por lo dispuesto en el apartado 1, como expresamente indica el Comentario al *OECD MC* al observar que la regla “se aplica a los bienes inmuebles que formen parte de los activos de una empresa”⁹.

La tercera, que deben ser inmuebles situados en el “otro Estado contratante”; es decir, en un Estado distinto al Estado de residencia del transmitente y con el que éste tiene firmado el CDI. Este criterio (*situs*) de territorialidad que es, por razones lógicas, el criterio de atribución tradicional de todos los gravámenes sobre la renta y el patrimonio relacionados con bienes inmuebles, se recoge en todos los CDI, a veces incluso, sustituyendo la referencia a “situados en el otro Estado contratante” por la de “el Estado contratante en que estén sitos”.

En cuanto al alcance de la regla de atribución, es precisamente la situación en el Estado de la fuente del inmueble cuya transmisión origina la ganancia, la que determina la posibilidad de que dicho Estado grave esta renta obtenida por el transmitente no residente. Si el Estado de residencia grava asimismo dichas ganancias, se produce la tributación compartida y la consiguiente doble imposición que deberá ser corregida de acuerdo con los mecanismos previstos en el propio Convenio; eventualmente, dicha situación no se producirá si, en virtud de disposiciones internas de alguno de los dos Estados, estas ganancias se declaran no sujetas o exentas.

El *US MC* dedica el apartado 2 del artículo 13 a los distintos supuestos en los que se manifiesta el concepto de bienes inmuebles (*real property*) a efectos de aplicación del artículo 13. El tenor literal de la disposición es el siguiente:

“For the purposes of this Article the term “real property situated in the other Contracting State” shall include:

a) real property referred to in Article 6 (Income from Real Property)

9 *OECD MC* Comentario al artículo 13, número 22.

b) Where that other State is the United States, a United States real property interest; and

c) where that other State is —,

i) shares, including rights to acquire shares, other than shares in which there is a regular trading on a stock exchange, deriving their value or the greater part of their value directly or indirectly from real property referred to in paragraph a) of this paragraph situated in —; and

ii) an interest in a partnership or trust to the extent that the assets of the partnership or trust consist in real property situated in —, or of shares referred to in clause i) of this subparagraph”.

3.2 Acciones de sociedades de tenencia de inmuebles

La disposición anteriormente reproducida del artículo 13.2 del *US MC*, refleja, a través del concepto, lo que en realidad constituye una regla de atribución específica mediante la competencia del Estado de la fuente sobre las ganancias de capital derivadas de la transmisión de inmuebles, que se extiende a las derivadas de la transmisión de acciones y participaciones de entidades cuyo principal activo consiste en la tenencia de estos bienes.

En el caso del *OECD MC* y del *UN MC*, esta regla se recoge en el apartado 4 del artículo 13, aunque no con el mismo tenor literal.

(OECD) “Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other Contracting State”.

(UN) “Gains from the alienation of shares of the capital stock of a company or of an interest in a partnership, trust or sate, the property of which consists directly or indirectly principally of immovable property situated in a Contracting State may be taxed in that State. In particular:

(a) Nothing contained in this paragraph shall apply to a company, partnership, trust or estate engaged in the business of management of immovable properties, the property of which consists directly or indirectly principally of

immovable property used by such company, partnership, trust or estate in its business activities.

(b) For the purposes of this paragraph, “principally” in relation to ownership of immovable property means the value of such immovable property exceeding 50 per cent of the aggregate value of all assets owned by the company, partnership, trust or estate”.

Esta regla de atribución viene a ampliar el alcance de la regla del apartado 1 con una evidente finalidad anti-abuso frente a los mecanismos de elusión mediante sociedades, ya que aquella regla era fácil de evitar si el objeto de la enajenación, en lugar de los bienes inmuebles, eran las acciones de una sociedad que detentara su titularidad (o, eventualmente, derechos de disfrute sobre los mismos); la norma de cobertura era, obviamente, la cláusula residual que, al tratarse de acciones, atribuye el gravamen exclusivamente al Estado de residencia del transmitente, evitando así la doble imposición (o eventualmente, la no sujeción si dicho Estado no grava este tipo de ganancias). Se trata pues, de una medida complementaria a la regla general sobre los bienes inmuebles que, en definitiva, como advierte el Comentario (*OECD MC*), afecta a la propiedad inmobiliaria subyacente¹⁰ que constituya, al menos, la mayoría del capital de la sociedad.

En cuanto a los títulos representativos de la participación en el capital, el citado Comentario admite que los Estados firmantes del Convenio pueden ampliar el alcance del concepto a otro tipo de participaciones, incluyendo títulos representativos de intereses en otro tipo de entidades como *partnerships* o *trusts*¹¹ (que, como hemos visto, están expresamente mencionados en las disposiciones del *UN MC* y *US MC*). El Comentario prevé asimismo la posibilidad de que los Convenios bilaterales restrinjan el ámbito de esta regla excluyendo, por ejemplo, las acciones de sociedades que coticen en Bolsa¹², así como la posibilidad de que la regla no se aplique a las ganancias generadas a través las participaciones en fondos de pensiones u otros fondos de inversión, sobre todo en aquellos Estados que declaran exentas este tipo de ganancias, de modo que los efectos de dicha exención se extiendan a su tratamiento en el Estado de la fuente¹³.

La referencia a los bienes inmuebles recogida en este apartado debe entenderse con el mismo alcance que el del apartado 1. En cuanto a la

10 MC OCDE Comentario al artículo 13 apartado 4, número 28.3.

11 *OECD MC*: Comentario al artículo 13 apartado 4, número 28.5

12 *OECD MC*: Comentario al artículo 13 apartado 4, número 28.7.

13 *OECD MC*: Comentario al artículo 13 apartado 4, número 28.8

titularidad, se refiere en principio, a que la sociedad sea propietaria del inmueble, si bien debe advertirse que algunos CDI amplían el concepto a los derechos de disfrute sobre el bien inmueble; éste es, por ejemplo, el caso de España que tiene formulada una reserva a este respecto al *OECD MC* y ha incluido esta cláusula en algunos de sus Convenios bilaterales.

La asimilación del concepto de bienes inmuebles en relación con el apartado 1 incluye la irrelevancia del destino del inmueble, si bien, la proporción de estos bienes en relación con el activo de la sociedad revela, que el objeto del precepto son, en principio, las sociedades de tenencia de bienes inmuebles. Sobre el cómputo de los bienes inmuebles respecto del capital de la entidad, indica el Comentario al *OECD MC* que normalmente se determinará comparando el valor de dichos bienes en relación con el activo global de dicha entidad¹⁴ (regla contenida, como hemos visto, en el apartado (b) del artículo 13.4 del *US MC*).

Dado el fundamento del precepto, el alcance de la regla es, lógicamente, el mismo que el del apartado 1, permitiendo el gravamen en el Estado de la fuente, entendiendo por tal, en este caso, aquél en que se sitúan los inmuebles que constituyen el activo mayoritario de la entidad. Se produce, por tanto, una tributación compartida con la consiguiente situación de doble imposición que deberá ser corregida de acuerdo con los mecanismos previstos en el Convenio; eventualmente, dicha situación no se producirá si, de acuerdo con normas internas de los Estados se declaran no sujetas o exentas estas ganancias.

3.3 Establecimiento permanente

La regla establecida a este respecto en el apartado 2 del artículo 13 del *OECD MC* y con el mismo tenor literal, en el apartado 2 del artículo 13 del *US MC*, es la siguiente:

“Gains from the alienation of movable property forming part of the business property of a permanent establishment which an Enterprise of a Contracting has in the other Contracting State, including such gains from the alienation of such a permanent establishment (alone or with the whole enterprise), may be taxed in that other State”.

La regla de atribución contenida en el apartado 2 del artículo 13 del *UN MC* es similar, con la única diferencia de referirse no sólo al establecimiento permanente, sino también a *“movable property pertaining to a fixed base available to a resident of a*

Contracting State in the other Contracting State for the purpose of performing independent personal services”.

La no mención del concepto de “base fija” en el *OECD MC* se debe a la supresión del artículo 14 desde la revisión de dicho Modelo en 2003. No obstante, se sigue manteniendo en todos aquellos CDI que contienen un precepto específico dedicado a los “servicios personales independientes” (actividades profesionales), que permite el gravamen de estas rentas cuando se obtienen mediante una base fija situada en el Estado de la fuente. La supresión del artículo 14 en 2003, fue debida a la inclusión de estas rentas en el ámbito del artículo 7 (*business profits*) y la consiguiente identificación del concepto de “base fija” con el de establecimiento permanente y ello explica que sean precisamente los Convenios que han suprimido el precepto relativo a los servicios profesionales, los que recogen la redacción vigente del artículo 13.2 de aquel Modelo.

Como el propio precepto advierte, el objeto de la enajenación puede ser tanto el establecimiento permanente aisladamente o en conjunto, como bienes muebles afectos al mismo. En cuanto al concepto de establecimiento permanente, por ser un término definido en el Convenio, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 5 y en cuanto al concepto de “bienes muebles” debe interpretarse, como advierte el Comentario al *OECD MC*¹⁵, por exclusión del concepto de bienes inmuebles a que se refiere el apartado 1, debiendo entenderse que abarca todo tipo de bienes y derechos, incluyendo los relativos a propiedades incorpóreas. El criterio de la afectación, a menos que del contexto del Convenio se infiera otra cosa, deberá interpretarse de acuerdo con la legislación interna del Estado que aplica el CDI.

La aplicación de la regla contenida en este precepto implica una tributación compartida al autorizar el gravamen de estas ganancias en el Estado de la fuente, con la consiguiente situación de doble imposición que deberá ser corregida de acuerdo con los mecanismos previstos en el propio CDI. Dicha situación no se producirá cuando, en virtud de disposiciones internas, estas ganancias de capital se declaren no sujetas o exentas en alguno de los dos Estados.

3.4 Buques y aeronaves

La regla contenida a este respecto en el apartado 3 del artículo 13 del *OECD MC* y *UN MC* atribuye la competencia exclusiva al Estado donde esté la sede de dirección efectiva de la empresa a la que pertenece el buque o la aeronave:

14 *OECD MC*: Comentario al artículo 13 apartado 4, número 28.4.

15 Comentario cit., número 24.

"Gains from the alienation of ships or aircraft operated in international traffic, boats engaged in inland waterways transport or movable property pertaining to the operation of such ships, aircraft or boats, shall be taxable only in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated".

El *US MC* contiene una regla similar (tributación exclusiva en el Estado de la empresa) en el apartado 4 del artículo 13 que, en el apartado 5, aplica asimismo a contenedores:

"4. Gains derived by an enterprise of a Contracting State from the alienation of ships or aircraft operated or used in international traffic or personal property pertaining to the operation or use of such ships or aircraft shall be taxable only in that State".

"5. Gains derived by an enterprise of a Contracting State from the alienation of containers (including trailers, barges and related equipment for the transport of goods or merchandise) used for the transport of goods or merchandise shall be taxable only in that State, unless those containers are used for transport solely between places within the other Contracting State".

El concepto de buques, aeronaves o embarcaciones que se deduce del precepto está vinculado al ejercicio de su "explotación en tráfico internacional" (o en navegación interior); es decir, al ejercicio de una actividad empresarial (transporte mediante navegación marítima, aérea o fluvial); interpretación ésta que viene avalada por el propio criterio de atribución identificado con la "sede de dirección efectiva de la empresa". El factor "explotación", debe concurrir, obviamente, no sólo en relación con el medio de transporte aisladamente considerado, sino también con los bienes afectos al mismo, en la medida en que es precisamente dicha explotación la razón de ser de la afectación. Si no concurre esta circunstancia, la regla aplicable a las ganancias derivadas de la enajenación será, en principio, la contemplada en la cláusula residual.

La inclusión de los bienes muebles afectos a los buques, aeronaves y embarcaciones, indica que nos hallamos ante un supuesto análogo al regulado en el apartado 2 (establecimiento permanente) y en tal sentido, hay que entender, aunque el precepto no lo indique expresamente, que la regla contenida en el apartado 3 se aplica tanto a la venta del buque o aeronave solo o en su conjunto,

como a la venta parcial o aislada de bienes muebles afectos a dichos medios de transporte. En cuanto al concepto de bienes muebles afectos, nos remitimos a las observaciones formuladas en el punto anterior.

El apartado 3 del artículo 13 contiene una regla de atribución singular por lo que no deben producirse, en estos casos, situaciones de doble imposición. El gravamen corresponde, exclusivamente, al Estado de residencia de la empresa que explotara el buque, aeronave o embarcación objeto de transmisión. En principio, la regla apunta al Estado de residencia del transmitente, pero debe advertirse que el precepto utiliza el concepto de "sede de dirección efectiva" en relación con la "empresa" y no directamente el concepto de residencia en relación con una persona física o jurídica¹⁶.

El Comentario al *OECD MC* observa a este respecto cómo la regla se corresponde con lo dispuesto en el artículo 8 y en el apartado 3 del artículo 22, advirtiendo que los Estados firmantes del Convenio pueden usar, indistintamente el criterio de residencia, el de sede de dirección efectiva o una combinación de ambos¹⁷.

3.5 Otros bienes y derechos

El apartado 5 del artículo 13 del *OECD MC* contiene lo que suele denominarse como cláusula residual, en la medida en que en este apartado se establece la regla de atribución para las ganancias derivadas de la enajenación de aquellos bienes y derechos que no hayan contemplado las reglas contenidas en los apartados anteriores (inmuebles y acciones de sociedades de tenencia de inmuebles, establecimiento permanente, buques y aeronaves) e implica la tributación exclusiva en el Estado de residencia. Su tenor literal es el siguiente:

"Gains from the alienation of any property, other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3 and 4, shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident".

En el *UN MC*, esta misma cláusula se contiene en el apartado 6 del artículo 13, y la única diferencia en el texto es la referencia, junto a los apartados 1, 2, 3 y 4, también al apartado 5 que contiene la cláusula de participación sustancial, exclusiva de este Modelo y a la que nos referiremos en el punto siguiente.

También en el *US MC* la cláusula residual se contiene en el apartado 6 del artículo 13, siendo

16 La "sede de dirección efectiva" (*"place of effective management"*) es el criterio utilizado para determinar la residencia de las personas jurídicas, pero sólo como regla de desempate (*tie breaker rule*) en situaciones de conflicto entre ambos Estados contratantes (artículo 4 apartado 2 *OECD MC*).

17 Comentario cit., número 28.

la única diferencia en el texto la referencia a los apartados 1 a 5, porque como hemos visto en el punto anterior, este Modelo contiene un apartado 5 dedicado a los contenedores.

La propia redacción del precepto cuando se refiere a “cualquier otro bien distinto” de los mencionados en los demás apartados, implica que el concepto de bienes o derechos objeto de esta regla se deduce por exclusión de los anteriores. En cuanto a su alcance, la aplicación de esta regla determina la atribución del gravamen exclusivamente al Estado de residencia del transmitente evitando, de este modo, una situación de doble imposición o dando lugar, eventualmente, a una doble no imposición¹⁸.

Cualquiera de las dos circunstancias mencionadas anteriormente, pero sobre todo la segunda, hacen a la cláusula residual especialmente atractiva como norma de cobertura para eludir el gravamen de las ganancias de capital en situaciones de fiscalidad internacional. Como ya hemos advertido a este respecto, ello ha determinado que las cláusulas anti-abuso más frecuentemente utilizadas en relación con estas rentas constituyan, en realidad, excepciones a la aplicación de la cláusula residual, al permitir el gravamen en el Estado de la fuente de determinadas ganancias que, de no ser por lo establecido en dichas cláusulas, hubieran tributado según la regla prevista para la enajenación de “otros bienes y derechos”, con las ventajas que ello comporta.

3.6 La cláusula de participación sustancial

El análisis del artículo 13 debe necesariamente completarse con una referencia a la cláusula de participación sustancial, por tratarse de una medida anti-abuso relacionada con el gravamen de las ganancias de capital y que, en los Convenios que la recogen, se integra en el texto de aquel precepto.

Consiste esta cláusula en establecer una regla de atribución según la cual, si el residente de uno de los Estados firmantes del CDI obtiene ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una entidad residente en el otro Estado, dichas ganancias pueden ser gravadas en este último Estado si el transmitente detentaba una participación sustancial en dicha entidad.

Como ya hemos expuesto anteriormente, el precepto tiene una finalidad anti-abuso tendente a limitar la planificación fiscal al amparo de la

cláusula residual y, al mismo tiempo, permite atribuir al Estado de la fuente (que es, en estos casos, el Estado de residencia de la sociedad) el gravamen sobre unas ganancias que, en definitiva, reflejan una riqueza originada y acumulada en su territorio. Se establece así un equilibrio en el reparto del poder tributario, probablemente más acorde con la naturaleza de la ganancia generada, evitando al mismo tiempo otro tipo de efectos (tales como el diferimiento de dividendos o incluso cambios de residencia). La tributación compartida generará situaciones de doble imposición si el Estado de residencia del transmitente grava estas ganancias y en tal caso, dicha situación deberá corregirse de acuerdo con los mecanismos previstos en el propio Convenio; en caso contrario, la aplicación de la cláusula garantiza la tributación singular en el Estado de la fuente.

En relación con los Modelos de Convenio, esta cláusula sólo está prevista en el apartado 5 del artículo 13 del *UN MC*, según el cual:

“Gains, other than those to which paragraph 4 applies, derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares of a company which is a resident in the other Contracting State, may be taxed in that other State if the alienator, at any time during the 12-month period preceding such alienation, held directly or indirectly at least — per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) of the capital of that company”.

En esta disposición no se define lo que deba entenderse por participación sustancial, dejando el porcentaje de participación abierto a la negociación bilateral entre los Estados firmantes del Convenio. Esta circunstancia, unida a la ausencia de referente en el *OECD MC*, ha determinado una relativa variedad en la redacción de la cláusula en los distintos CDI que la incluyen; algunos ni siquiera utilizan la expresión “participación sustancial”, sustituyéndola por la referencia directa a un porcentaje de participación y también, en ocasiones, refieren esta participación indistintamente al capital o a los beneficios, o exceptúan la aplicación de la cláusula cuando la ganancia es objeto de diferimiento en procesos de reestructuración empresarial. También puede variar en los distintos Convenios bilaterales el tiempo previo de la tenencia de acciones a efectos de aplicación de esta cláusula.

Al igual que ocurría en el caso de las ganancias de capital obtenidas por la transmisión de acciones y participaciones en sociedades de tenencia de

18 Ver sobre el tema: *IFA 58 Vienna Congress (2004) Subject I: “Double non Taxation” (General Report by M. Lang) Cahiers de Droit Fiscal International vol. 89^o International Fiscal Association 2004.*

bienes inmuebles, parece evidente que la cláusula de participación sustancial puede considerarse una cláusula anti-abuso que pretende evitar determinadas situaciones de planificación fiscal que pueden aprovechar una combinación de la cláusula residual del Convenio, con la ausencia de gravamen, en el Estado de residencia, de las ganancias de capital obtenidas en la transmisión de acciones o participaciones, con el resultado de doble no imposición para el contribuyente. La cláusula estaría además justificada por un reparto más justo (*inter-nation equity*) y equilibrado del poder tributario entre ambos Estados, teniendo en cuenta el derecho del Estado de origen a gravar una riqueza generada y acumulada por una sociedad residente, que es en definitiva lo que se pone de manifiesto en el mayor valor de las acciones en el momento de su transmisión.

Esta función de la cláusula de participación sustancial explica que, incluso algunos Estados miembros de la OCDE, como es el caso de España, mantuviera (hasta 2010) una reserva al artículo 13 del Modelo, a fin de poder incluir esta cláusula en sus Convenios bilaterales¹⁹.

4. Referencias a los “impuestos de salida” (exit taxes)

La condición de residente es una piedra angular en la imposición personal cuyo principal efecto se proyecta en el alcance del hecho imponible más allá del territorio del Estado de residencia, posibilitando a dicho Estado gravar la riqueza de sus residentes con independencia del lugar donde se obtenga o localice; es además un criterio preferente en la atribución del poder tributario de acuerdo con las reglas establecidas en los CDI. El alcance global del gravamen sobre los residentes tiene un sólido fundamento en el principio de capacidad económica, en la medida en que dicha capacidad se relaciona con el disfrute de los servicios públicos, circunstancia ésta que es evidente en el caso de los no residentes y mucho más limitada en el caso de los residentes.

Las situaciones generadas por la movilidad y el consiguiente desplazamiento de los contribuyentes por un cambio de residencia o deslocalización (en el caso de los establecimientos permanentes), debería afrontarse como una circunstancia normal y cada vez más frecuente en un mundo económico globalizado, pero también y sobre todo, como la lógica consecuencia del ejercicio de un derecho a la libre circulación, protegido en determinados

ámbitos supranacionales, como es el caso de la Unión Europea. Ocurre sin embargo que el Estado de origen puede considerar desfavorablemente esta salida del contribuyente que, o bien cambia de *status* a contribuyente no residente o bien deja de serlo en absoluto.

A partir de este dato, el conflicto está servido, especialmente en aquellos casos en los cuales unas legítimas expectativas de gravamen por parte del Estado de origen se ven defraudadas por la salida del contribuyente. La cuestión radica en determinar hasta qué punto dichas expectativas pueden justificar limitaciones que, aun no negando aquel derecho, pueden suponer un obstáculo a su ejercicio. Esta es la encrucijada en la que se sitúan los denominados impuestos de salida (*exit taxes*), cuya validez en los ordenamientos implicados debe analizarse de acuerdo con un criterio de equilibrio entre los distintos intereses en juego y en el que el principio de proporcionalidad está llamado a desempeñar un papel relevante.

Este tema tiene una importante relación con la tributación de las ganancias de capital, porque hay un tipo de conflicto básico, que corresponde a los casos en los que la salida puede suponer para el Estado de origen la pérdida de un gravamen diferido en el tiempo sobre una riqueza previamente acumulada por el contribuyente durante el tiempo en el que fue residente en dicho Estado; éste es el caso más evidente de las denominadas “plusvalías latentes”. Este efecto se produce, en principio, con independencia de cuáles sean los motivos del contribuyente para el cambio de residencia, aunque es evidente que en ocasiones uno de esos motivos puede ser la elusión fiscal; en este sentido, determinadas estrategias de planificación fiscal agresiva pueden incluir el cambio de residencia o la deslocalización como uno de los elementos indispensables para conseguir el objetivo de la ventaja fiscal que persigue dicha estrategia, incluido el efecto de doble no imposición (ya sea en situaciones, combinadas o no de *treaty shopping* o *tax arbitrage*).

Los impuestos de salida constituyen la reacción de los ordenamientos tributarios al conflicto descrito. Según los supuestos en los que se aplique, pueden tener una finalidad simplemente protectora (del derecho del Estado de origen a gravar la riqueza acumulada en su territorio) o una finalidad anti-abuso y según la modalidad, ser un impuesto de salida en sentido estricto (*exit tax*) que se genera

19 La cláusula figura en los CDI firmados por España con Arabia Saudí, Argentina, Bélgica, Chile, China, Corea del Sur, Egipto, Francia, India, Irlanda, Islandia, Israel, Lituania, México, Noruega, Panamá, Portugal y Vietnam. El porcentaje de participación más común es el 25%, pero los hay inferiores (20 % Chile y Lituania o 10% Panamá). No todos los CDI recogen el período de tenencia previa. En algunos CDI se establece un límite cuantitativo al gravamen de las ganancias de capital en aplicación de esta cláusula (10% de la ganancia Argentina y Corea del Sur, 25% de la ganancias imponible México o 25% de la ganancia neta Israel).

por el mero cambio de residencia o localización, o ser un impuesto que garantiza el gravamen de la renta efectivamente obtenida con posterioridad al cambio de residencia (*trailing tax*); la cláusula de participación sustancial expuesta en el punto anterior responde a esta segunda modalidad, en la medida en que su aplicación supone que el cambio de residencia no va a impedir la tributación en el Estado de origen de las ganancias de capital obtenida por el contribuyente no residente en la venta de las acciones o participaciones de una sociedad residente en dicho Estado.

Mayor problema plantea un impuesto de salida sobre las plusvalías latentes de todos o de algunos bienes del contribuyente, generado por el mero hecho de su cambio de residencia a otro Estado. En estos casos, dicha ganancia se considera generada en el último período impositivo en el que el contribuyente tiene su residencia en el Estado, con lo que, formalmente al menos, no hay conflicto con lo dispuesto en el Convenio, puesto que el Estado de residencia tiene competencia para gravar las ganancias de capital en cualquier caso y podría además, argumentarse que el artículo 13 no es aplicable a este tipo de ganancias de capital, que no responden a un supuesto de transmisión, que es el referido en dicho precepto.

Sin embargo, ello no significa que un impuesto de este tipo no esté exento de problemas. En el ámbito de la Unión Europea²⁰, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto ha reconocido el derecho del Estado de origen a gravar la riqueza acumulada en su territorio, pero advirtiendo que el impuesto debe respetar el principio de proporcionalidad; dicho de otro modo, se reconoce que un impuesto de este tipo supone una restricción a la libre circulación, pero dicha restricción estaría justificada por un reparto equilibrado del poder tributario de los Estados, siempre que en su aplicación respete aquel principio.

Con relación a la aplicación de los CDI, el mayor problema que plantea este tipo de impuesto es el que puede producirse con posterioridad, cuando se transmitan los bienes situados en el Estado de origen y se obtenga una ganancia de capital por el contribuyente no residente que hubiera pagado en su momento el impuesto de salida. En este caso, de acuerdo con el Convenio, pueden darse varios tipos de situaciones:

Primera, la ganancia sólo la puede gravar el (actual) Estado de residencia. En este caso no hay, en principio, doble imposición en relación con la parte de la ganancia correspondiente al período comprendido entre la salida del contribuyente

y la transmisión del bien, pero sí la hay en la parte de la ganancia correspondiente al período comprendido entre el momento de adquisición del bien y la salida del contribuyente, si el (actual) Estado de residencia computa la ganancia desde el momento de adquisición del bien. En estos casos, la doble imposición podría corregirse por dos vías, aunque ambas de dudosa aceptación por parte del (actual) Estado de residencia: o bien computa la ganancia sólo desde el momento de salida del contribuyente, o bien corrige la doble imposición en la parte concurrente con el impuesto de salida; la primera solución debería establecerse expresamente en la norma interna y la segunda también en norma interna pero de acuerdo con los mecanismos de corrección de la doble imposición previstos en el CDI aplicable.

Segunda, el mismo caso anterior, pero en un supuesto en el que el (actual) Estado de residencia, en virtud de lo dispuesto en su normativa interna, no grava la ganancia de capital obtenida. En este caso, el gravamen se limitaría al devengado en su día en sobre la plusvalía latente en el Estado de origen.

Tercera, la ganancia también la puede gravar el Estado de origen (Estado de la fuente). En este caso, la doble imposición internacional sobre la ganancia se corregiría por los mecanismos habituales previstos en el CDI y la normativa interna del (actual) Estado de residencia (exención o imputación con crédito de impuesto), pero subsiste la doble imposición en la parte concurrente con el impuesto de salida que, a mi juicio, debería ser corregida por el Estado de origen mediante una norma interna que establezca, en estos casos, el cómputo de la ganancia sólo en relación con la obtenida a partir de la fecha de salida.

Cuarta, el mismo caso anterior, pero en un supuesto en el que el (actual) Estado de residencia, en virtud de lo dispuesto en su normativa interna, no grava la ganancia de capital obtenida. En tal caso, subsiste la doble imposición interna en el Estado de origen en la parte concurrente con el impuesto de salida, que debería corregirse en este Estado en la forma indicada en el supuesto anterior.

Quinta, aunque el CDI permite al Estado de origen gravar la ganancia obtenida, dicha ganancia no se grava en virtud de lo dispuesto en su normativa interna. En tal caso, siendo dicha ganancia gravada por el (actual) Estado de residencia, subsistiría la doble imposición en la parte concurrente con el impuesto de salida y la cuestión reside en determinar si este último Estado debería corregir esa doble imposición de acuerdo con lo establecido

20 Ver las referencias en nota nº 8

al efecto en el Convenio y en su normativa interna o bien si, en esta normativa, debería establecerse que la ganancia se computara obtenida a partir de la fecha de salida en el otro Estado.

Finalmente, en relación con los denominados *trailing tax*, consistentes en gravar la ganancia de capital obtenida por un contribuyente anteriormente residente cuando la transmisión del bien se produce siendo no residente en el Estado de origen, hay que advertir que sólo deberían considerarse admisibles en tres supuestos: primero, en ausencia de CDI entre el Estado de origen y el (actual) Estado de residencia; segundo, como norma específica anti-abuso en supuestos de cambio de residencia a un paraíso

fiscal o territorio de baja tributación con el que no exista CDI aplicable; tercero, en caso de CDI entre el Estado de origen y el (actual) Estado de residencia que permita al primero de estos Estados el gravamen sobre dicha ganancia.

Por el contrario, en el caso de que el CDI entre el Estado de origen y el (actual) Estado de residencia no permita al primero gravar la ganancia de capital, la norma interna de dicho Estado que pretenda gravar dicha ganancia obtenida por el contribuyente no residente, incurrirá en *treaty override*, a menos que se tipifique con características de norma específica anti-abuso y su compatibilidad con el CDI aplicable haya sido expresamente prevista en el propio Convenio. 