

## LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO DE DIVIDENDOS EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

**José Manuel Castro Arango**

*Doctor en Derecho con Mención Internacional.*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Docente Investigador.*

*Universidad Externado de Colombia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Diego MARTÍN-ABRIL CALVO, doña Pilar ÁLVAREZ BARBEITO, don Vicente DURÁN RODRÍGUEZ, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA y doña Gloria MARÍN BENÍTEZ.

---

### EXTRACTO

El término dividendos es usado por distintas ramas del Derecho y cumple funciones específicas en estas. Es así como los convenios de doble imposición (CDI) definen dividendos a los efectos de la distribución del poder tributario, y suelen seguir de cerca al artículo 10.3 del Modelo de Convenio OCDE (MCOCDE). Este trabajo describe los problemas que se plantean en la interacción de la definición del convenio con las definiciones internas mercantiles y fiscales. Además, desarrolla los tres elementos esenciales del concepto de dividendos en los CDI, a saber: entidad distribuidora de dividendos, participaciones sociales y una relación entre estas últimas y la renta que se percibe. El análisis de la jurisprudencia, de la doctrina internacional y comparada, permite concluir que el artículo 10 del Modelo contiene una remisión a la legislación interna del Estado de la fuente de los dividendos mucho más amplia que la sostenida por la doctrina mayoritaria y, por lo tanto, que los tres elementos de la definición deben ser interpretados dando preferencia a la legislación del Estado de la fuente.

**Palabras claves:** convenios de doble imposición, instrumentos híbridos, entidades híbridas y dividendos encubiertos.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015 / Fecha de revisión: 17-11-2015*

## THE ABSENCE OF A DIVIDEND CONCEPT IN DOUBLE TAX TREATIES

José Manuel Castro Arango

---

### ABSTRACT

The term «dividends» is used in many law areas with specific purposes for each one. For instance, the dividend concept in tax treaties is used to distribute the taxing power between the contracting states. Article 10.3 of the OECD Model is commonly adopted by actual treaties. This article describes the issues arising from the interaction of the dividend definition in tax treaties and the dividend definition provided by private and fiscal law of the contracting states. Moreover, this paper argues that three essential elements of the dividend concept in tax treaties should be present in order to qualify the income as dividends: a dividend-distributing entity, a corporate right and the link between the previous elements and the income. However, the analysis of the case law and the international doctrine allows the author to conclude that article 10 of the OECD Model provides for a reference to the domestic law of the source State of the dividends. The aforementioned reference is wider than the one supported by major authors and consequently, the three-elements of the concept should be interpreted given preference to the meaning provided by the source law.

**Keywords:** double taxation conventions, hybrid instruments, hybrid entities, hidden and constructive dividends.

---

---

## Sumario

1. Introducción: el ámbito de aplicación del artículo 10.3 del MCOCDE
  - 1.1. El concepto de dividendo en las legislaciones internas
  - 1.2. El reparto del poder tributario en los CDI
  - 1.3. La ausencia de neutralidad
2. La definición de dividendos prevista en los CDI
  - 2.1. La aplicación e interpretación de la definición de dividendos
  - 2.2. Evolución histórica del concepto de dividendo en los CDI
  - 2.3. Normas y doctrina antiabuso y la definición de dividendos
3. Los elementos del concepto de dividendos en los CDI
  - 3.1. Entidad distribuidora de dividendos
  - 3.2. Participaciones sociales
  - 3.3. La relación entre la fuente y los rendimientos
4. Conclusión

### Bibliografía

**NOTA:** Este trabajo se enmarca dentro del proyecto «Repensando la estructura y conceptos de la fiscalidad internacional» (DER2013-47912-P), cuyo investigador principal es el profesor doctor Juan Zornoza Pérez, y dentro de la línea de investigación «Estudio de los problemas en el Derecho tributario, aduanero y del comercio exterior, derivados de la globalización económica» del Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.3 DEL MCOCDE

### 1.1. EL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS

El concepto de dividendos ha sido relevante en los impuestos sobre la renta de carácter real y personal a lo largo de toda su historia<sup>1</sup>. En especial, su importancia se aprecia en los criterios de conexión objetivos, que devienen de esos primitivos impuestos reales sobre la renta, y en los cuales fue necesario distinguir si el rendimiento que obtienen los socios tiene como fuente las actividades económicas de la entidad o si deviene de la participación social, dando lugar a dos respuestas contrarias: los criterios de origen y fuente, respectivamente<sup>2</sup>. A nivel mundial, la residencia de la entidad distribidora es el criterio de fuente más extendido actualmente<sup>3</sup>. Ahora bien, los impuestos globales sobre la renta son en realidad el resultado de una paulatina sistematización de los tributos reales, y que no han logrado el grado de pureza teórica deseado por VON SCHANZ, HAIG y SIMONS<sup>4</sup>, y es por ello que la definición de dividendos sigue siendo relevante para categorizar un elemento de la renta global del beneficiario, que potencialmente soporta doble imposición económica (gracias a que su pago no es deducible de la base imponible de la entidad distribidora) y que, por lo tanto, debe recibir un tratamiento fiscal particular<sup>5</sup>.

La necesidad de distinguir los dividendos en las normas del impuesto sobre la renta yace en la admisión de las personas jurídicas como sujetos del tributo, de forma que se crea la ficción de que la entidad distribidora obtiene su propia renta y que los socios obtienen rendimientos derivados de la participación social<sup>6</sup>. Es así como las normas internas utilizan definiciones de dividendos para caracterizar dos objetos imposables distintos: los dividendos pagados por una entidad residente a un no residente (*outbound dividends*) y los pagados por una entidad no resi-

<sup>1</sup> LANG (2005): pág. 18; League of Nations (1925) *Double Taxation and Tax Evasion*, Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee. Ginebra: League of Nations official number C.115.M.55.1925.II; AVERY JONES (2012): pág. 67.

<sup>2</sup> League Of Nations (1923) *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp (Committee of Four), (Official No E.F.S.73.F.19.). Ginebra: League of Nations.

<sup>3</sup> HARRIS (2014): apdo. 3.3.

<sup>4</sup> *Vid.* LANG (2005): pág. 18.

<sup>5</sup> *Vid.* nota 4.

<sup>6</sup> SCHÖN (2012): pág. 502.

dente a un residente (*inbound dividends*). En relación con el primer objeto imponible, se destacan las reglas que regulan la no deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios de la entidad y las que recaen sobre la imposición del receptor o beneficiario de los dividendos<sup>7</sup>. Por su parte, el segundo objeto comprende los preceptos que determinan la obligación personal de contribuir y, en lo que interesa a este trabajo, los que permiten la eliminación de la doble imposición jurídica y económica.

La no deducibilidad de los dividendos se relaciona estrechamente con el gran debate de la Hacienda Pública contemporánea sobre la imposición de las sociedades y los socios. La revisión de las discusiones doctrinales<sup>8</sup> permite concluir que salvo en los sistemas de unidad, esto es, donde el impuesto sobre sociedades como tal desaparece, la definición de dividendos es relevante para caracterizar ese objeto imponible que constituye la renta obtenida por el socio a través de la sociedad. Es así como los sistemas clásicos o de integración requieren siempre del concepto de dividendos, y la amplitud o estrechez de la definición depende directamente del grado de neutralidad logrado por tales sistemas. Ello puesto que las tres grandes asimetrías que se generan por la existencia del impuesto sobre sociedades se relacionan directamente con los tres elementos del concepto abstracto de dividendos. Esto es, la asimetría de la forma de organización de la empresa con el elemento de la entidad distribuidora de dividendos; la asimetría en las fuentes de financiación (endeudamiento y capital) con las participaciones sociales; y, la asimetría en la forma de generar retribución al socio con la relación entre las participaciones y la renta. Es relevante tener en cuenta que los sistemas de integración suponen variaciones en la cuantificación del impuesto sobre la renta de los dividendos, pues mientras que los que desgravan al nivel de la entidad distribuidora aumentan la carga fiscal de los dividendos, los que operan al nivel de los socios o propietarios la reducen. Además, tales mecanismos hacen que la fiscalidad de los dividendos sea sumamente compleja, pues en los casos más extremos clasifican los beneficios (entre los distribuidos y no; y los gravados al tipo general, gravados a tarifas inferiores y no gravados) y al receptor de los dividendos (sujetos a IRPF, al IS o IRNR; relación con la sociedad –alto o bajo grado de participación o socios activos o pasivos–).

La obligación personal de contribuir en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario basada en concepciones de impuestos globales sobre la renta puede generar doble imposición de carácter económico y jurídico<sup>9</sup>. En la práctica, los Estados deben admitir la categorización de las rentas, en particular, requieren distinguir los dividendos como un objeto imponible que, por motivos económicos –neutralidad en la exportación o en la importación de capitales–, deben tener la posibilidad de eliminar la doble imposición sociedad-socio. Para ese propósito los métodos de exención y de crédito indirecto son las medidas usualmente incorporadas por las legislaciones internas, aun-

<sup>7</sup> P. ej. artículo 15 de la LIS; artículo 25 de la LIRPF.

<sup>8</sup> HARRIS (1996): pág. 60 y ss.

<sup>9</sup> Comentarios al Modelo de Convenio sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (en adelante, CMOCD): párrafo 1 Introducción.

que la tendencia a nivel mundial es la de reemplazar este último por el primero<sup>10</sup>. La investigación ha permitido concluir que la adopción de tales medidas para los dividendos en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario puede causar tratamientos fiscales dispares –ausencia de neutralidad– con otros tipos de rentas que, en buena medida, son sustituibles económicamente. Ello ocurre con los intereses, los beneficios obtenidos a través de un establecimiento permanente (EP) y las ganancias de capital por enajenación de participaciones sociales<sup>11</sup>. Además, la común clasificación entre dividendos provenientes de participaciones sustanciales y de inversiones de portafolio es una decisión obtusa si se tiene en cuenta que en ambos casos hay doble imposición económica y la diferencia entre una y otra es totalmente arbitraria. Así mismo, se observa que el reconocimiento de hechos y actos emitidos conforme a la legislación extranjera puede generar faltas de consistencia (en los términos usados por VOGEL, *problemas de sustitución*)<sup>12</sup>, ya que los tres elementos del concepto abstracto de dividendos son definidos de acuerdo a dos ordenamientos diferentes y dentro de estos, habrá cuanto menos una definición mercantil y otra tributaria, así que por cada elemento habrá como mínimo cuatro respuestas posibles. De tal manera, el problema de la relación entre los conceptos jurídico-privados con el derecho tributario crece exponencialmente cuantos más ordenamientos jurídicos conectan la operación. Es así como surgen los conflictos en la clasificación de la entidad distribuidora, de los instrumentos financieros<sup>13</sup> y de los rendimientos, que actualmente se pretenden solucionar a través de la fijación de las características tributarias más relevantes de los dividendos en los presupuestos de hecho de los métodos de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio, como es que la entidad sea un contribuyente independiente y que el rendimiento no sea deducible de la base imponible. Así se viene planteando en el Proyecto BEPS<sup>14</sup> y en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) española que regirá a partir del 1 de enero de 2015. En cualquier caso, la adopción de esas características fiscales genera serias inquietudes, puesto que si se adopta la deducibilidad como factor relevante para caracterizar a los dividendos, habría que preguntarse si tendría sentido excluir a los intereses u otras rentas no deducibles en virtud de normas objetivas de limitación (p. ej. *interest barriers*), o si es lógico incluir dentro de la medida para eliminar la doble imposición económica en residencia (especialmente en el caso de exención) aquellos pagos que, a pesar de no ser deducibles, tengan derecho a eliminar la doble imposición económica en la fuente.

## 1.2. EL REPARTO DEL PODER TRIBUTARIO EN LOS CDI

Los «dividendos» son una categoría de renta definida e incorporada en el artículo 10 del MCOEDE, al igual que en la mayoría de los CDI suscritos, cuyo efecto es distribuir la potestad

<sup>10</sup> AVERY JONES (2012): págs. 67-76.

<sup>11</sup> SCHÖN (2010): pág. 65 y ss.; BROWN (2012): págs. 28-29; AVERY JONES (2012): pág. 76.

<sup>12</sup> VOGEL (1997): Introduction párrafo 91 a.

<sup>13</sup> HELMINEM (2010): págs. 169-170; BÄRSCH (2012): pág. 323; BROWN (2012): págs. 34-39.

<sup>14</sup> OECD (2014): párrafo 53 y ss.; También el Código de Conducta, ECOFIN Council, 8 junio 2010, n.º 1033/10.

tributaria de los Estados contratantes y eliminar la doble imposición. Es decir, la definición de dividendos prevista en el artículo 10.3 del MCOCDE se aplica respecto de la calificación secundaria que requieren los CDI y que, como es bien sabido, se superpone sobre la calificación primaria hecha bajo las normas internas<sup>15</sup>. De esta forma, los tratados imponen restricciones a los Estados contratantes que, por lo general, consisten en una tributación limitada en la fuente (art. 10.2), a menos que las participaciones se vinculen efectivamente a un EP en dicho Estado (art. 10.4), y en una tributación ilimitada en la residencia del receptor directo o beneficiario efectivo (art. 10.1), aunque al ser una norma de distribución incompleta<sup>16</sup>, el Estado de la residencia debe garantizar la eliminación de la doble imposición a través del método de imputación o de crédito fiscal directo *-tax credit-* según las reglas previstas en el artículo 23 A o 23 B del MCOCDE.

Para el Modelo, las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos se manifiestan en dos momentos: al gravar los beneficios de dicha entidad y al gravar los dividendos o repartos de beneficios a sus propietarios. De ahí que el artículo 10 del Modelo implícitamente señale que la fuente de los dividendos está en el Estado de residencia (convencional) de la entidad distribuidora de dividendos (art. 4 MCOCDE)<sup>17</sup>. A tal efecto, el artículo 10.5 define una serie de supuestos de criterios de conexión que se consideran extraterritoriales, como el criterio de «origen» de los beneficios<sup>18</sup> o la imposición de los dividendos en el Estado perdedor de la residencia convencional de la entidad<sup>19</sup>. Por el contrario, dicha prohibición no incluye los elementos de conexión basados en el lugar de pago de los dividendos, ni en la residencia del beneficiario sujeto a normas de transparencia fiscal internacional<sup>20</sup>, ni a buena parte de los tributos que operan como un segundo nivel de imposición sobre los EP (*branch taxes*) (Cap. I, apdo. 2.1.1).

El artículo 10.2 del Modelo impone límites porcentuales al tipo impositivo de los tributos aplicados en la fuente que recaen sobre el beneficiario efectivo de los dividendos, pero sin afectar la potestad de gravar a la entidad distribuidora. A tal efecto el apartado segundo delimita al receptor de los dividendos. En particular, al exigir que sea el beneficiario efectivo y en relación con el apartado a), que el sujeto posea la participación en el capital y que no sea una *partnership*. La práctica convencional permite observar que en muchos casos se incluyen o excluyen expresamente ciertos receptores de dividendos. En todo caso, la expresión beneficiario efectivo ha supuesto grandes discusiones en la doctrina y jurisprudencia, y en el MCOCDE de 2014 se ha entendido como el sujeto que tiene la propiedad jurídica de la renta<sup>21</sup>. Por su parte, la definición

<sup>15</sup> VOGEL (1997): Introduction, párrafo 56; LANG (2010): núm. 58.

<sup>16</sup> VOGEL (1997): pág. 30; CALDERÓN (2012b): apdo. 4.1; párrafos 4-7 de los Comentarios al artículo 10.

<sup>17</sup> HARRIS (2014); apdo. 3.3; párrafo 9, artículo 10 del CMOCDE.

<sup>18</sup> VOGEL (1997): pág. 692 y ss. núm. 251; mayo 2011: pág. 418; párrafo 34 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>19</sup> *i. e.* Los dividendos de una entidad con doble residencia que se pretendan gravar con el criterio de la fuente en el Estado donde es residente a efectos internos, pero no a efectos del CDI.

<sup>20</sup> Párrafo 37 artículo 10 del CMOCDE; RUST (2004): pág. 269.

<sup>21</sup> Párrafos 12.4 al 12.7 del artículo 10 del CMOCDE.

de dividendos del artículo 10.3 se refiere a la fuente de la renta, pero no señala las características ni predetermina la atribución al perceptor, receptor directo o beneficiario efectivo.

El MCOCDE parte de la base de que los sistemas de tributación sociedad-socio del derecho interno de los Estados contratantes son del tipo clásico<sup>22</sup>. Por ello, redacta una norma que tiene una reciprocidad formal, al limitar a unos mismos porcentajes nominales la imposición sobre los dividendos. Sin embargo, los sistemas de integración adoptados por las legislaciones implican que el objeto imponible es una misma renta gravada con dos hechos imposables en cabeza de dos entidades distintas, de forma que la carga fiscal decidida desde la política fiscal se escinde y parte de ella recae en los dividendos. Cuando dichos sistemas llevan a una mayor imposición de los dividendos, el Modelo no es adecuado para garantizar la reciprocidad efectiva<sup>23</sup>. Visto desde otro ángulo se puede observar también que el reparto queda abierto a la configuración de la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora, que puede aumentar a imposición de esta y afectar la reciprocidad efectiva. De ahí que se hayan propuesto modificaciones al artículo 10.2 del Modelo cuyo límite considere el monto total de tributación de los beneficios en la entidad y de las distribuciones.

En relación con la residencia del beneficiario o receptor directo, el artículo 10.1 ratifica la competencia general de imposición que se atribuye al Estado de la residencia en el MCOCDE. Sin embargo, los CDI obligan a dicha jurisdicción a eliminar la doble imposición jurídica de acuerdo con el método previsto. El método depende de la definición de dividendos tanto en la redacción del artículo 23 A, como en el artículo 23 B del Modelo<sup>24</sup>. En ambos preceptos existe una asimetría en relación con el método previsto para los dividendos y para los beneficios empresariales que puede generar arbitrajes. Aunque al inicio de la investigación el ámbito de aplicación de la definición del artículo 10.3 del Modelo resultaba ser un tema que asumíamos claro y quizá alejado del objeto del trabajo, al avanzar en la revisión de la literatura y jurisprudencia encontramos confusiones que pretendemos aclarar a continuación<sup>25</sup>. Así, es necesario tener en cuenta que el método convencional se aplica cuando el método interno no elimina la doble imposición. En tales circunstancias la calificación secundaria requiere utilizar como norma definitoria al artículo 10.3, incluso cuando los métodos del CDI contengan remisiones a la legislación interna del Estado de residencia, puesto que la única forma de determinar si la imposición en la fuente ha sido «con arreglo/de acuerdo con las disposiciones del» convenio es calificando la renta con las definiciones correspondientes. Además, aunque haya posiciones en contrario de importantes autores, hemos defendido que el artículo 10.3 es la norma calificadora del método bilateral cuando ese precepto se refiera al elemento de renta caracterizado por el número de artículo (*i. e.* art. 10), por el número de artículo y descripción (*i. e.* los dividendos del art. 10), e incluso simplemente por la des-

<sup>22</sup> Párrafo 1.63 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>23</sup> Párrafos 40-67 artículo 10 del MCOCDE.

<sup>24</sup> Párrafos 24, 47 y 48 artículo 23 del CMOCDE.

<sup>25</sup> *Vid.* AVERY JONES *et al.* (1999): pág. 103 y ss.



cripción (*i. e.* los dividendos)<sup>26</sup>. Debe aclararse que los dividendos derivados de participaciones vinculadas efectivamente a un EP configurado en el mismo Estado de la fuente de renta tendrán derecho al método previsto para los beneficios empresariales con EP y no el de los dividendos, por más que los tratados se refieran genéricamente a las rentas gravadas conforme al artículo 10 sin distinguir entre el inciso segundo y el cuarto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los métodos convencionales, en principio, usan la definición de dividendos del artículo 10.3, mientras que los internos utilizan sus propias definiciones, se pueden presentar problemas cuando el método interno no resuelva la doble imposición por causa de tener un significado más restrictivo de dividendo que el previsto en los CDI, como ocurrió precisamente en el caso *Memec PLC v. IRC*<sup>27</sup>. También es posible que los tratados tengan un significado más estrecho que el interno, y que se señale falazmente qué método interno no aplica por esa causa, como parece ocurrir en la jurisprudencia de los juros sobre o capital propio (JSCP) brasileños obtenidos por residentes españoles<sup>28</sup>. Es evidente que se confunden así los ámbitos de aplicación de cada definición, cuando es innegable que cada una tiene una finalidad distinta. Por último, si el CDI remite ilimitadamente a los métodos internos y ello comprende la definición de dividendos, se aumenta la probabilidad de que se presenten conflictos de calificación en sentido amplio (de tipo negativo o positivo) que no serían resueltos por los CDI, de ahí que el proyecto BEPS sugiera cláusulas de *switch over* que pasan del método de exención al del crédito si hay deducibilidad del pago del dividendo<sup>29</sup>.

Por el contrario, cuando el artículo 10.3 es la norma que define el reparto, los conflictos de calificación se resuelven limitando las posibilidades argumentales para denegar el método de eliminación de la doble imposición por parte del Estado de residencia del beneficiario, ya que esa jurisdicción no podrá aplicar sus definiciones internas de dividendos o de aquellas palabras utilizadas para definirlos en el artículo 10.3 del Modelo. Con lo dicho, llegamos a un resultado similar, pero no igual, al del Informe de *Partnerships* y del *International Tax Group*<sup>30</sup>, ya que en nuestra opinión no existe ninguna norma que justifique la vinculación del resultado de la calificación del Estado de la fuente al de la residencia, solo existe un problema de norma aplicable<sup>31</sup>. De todas formas, es evidente que una distribución internacional de beneficios puede ser objeto de faltas de consistencia, concretadas en conflictos de clasificación de rentas, ya que al menos tres normas definitorias pueden aplicar: la del Estado de la fuente, la del Estado de la residencia y la del CDI.

<sup>26</sup> AVERY JONES *et al.* (1996): pág. 136 y ss.; AVERY JONES *et al.* (1999): págs. 106-107.

<sup>27</sup> Reino Unido, *Memec vs. IRC* (1998) STC 754.

<sup>28</sup> España, Resolución del TEAC de 13 de abril de 2011, Vocalía Tercera, R. G. 1202/2010; 1202/2010 y 1884/2010 (acumulados), reiterada por la Resolución de 26 de abril de 2012, Vocalía Segunda, R. G. 4085/2010 (NFJ046876); SAN 712/2014, de 27 de febrero, recurso 232/2011 (NFJ053848). *Vid.* CALDERÓN (2012b).

<sup>29</sup> OECD 2014: págs. 18-20.

<sup>30</sup> AVERY JONES *et al.* (1996): págs. 126-145.

<sup>31</sup> *Vid.* LANG (2010): párrafo 128.

### 1.3. LA AUSENCIA DE NEUTRALIDAD

Gracias a los efectos que prevén los CDI y las legislaciones internas, el régimen fiscal de los dividendos internacionales no es neutral con el tratamiento previsto para los beneficios empresariales, para los intereses y para las ganancias de capital. Esta asimetría genera posibilidades de arbitraje fiscal ya que económicamente los diferentes tipos de rentas son fácilmente sustituibles en la mayoría de casos. En ese sentido, una revisión de la literatura de las finanzas corporativas es importante. De la misma se puede concluir que los costos fiscales que afectan la rentabilidad, desde que el ingreso se percibe por la entidad distribuidora, hasta su gravamen en la residencia del perceptor o beneficiario, pueden llevar a una ventaja comparativa de los intereses o de las formas alternativas de remuneración al accionista sobre los dividendos. En cualquier caso, no solo la no deducibilidad de los rendimientos de los fondos propios es relevante, sino también la retención en la fuente de los dividendos y el gravamen en la residencia. De esta forma, hay al menos tres aspectos respecto de los cuales puede haber diferencia con los intereses, con los beneficios empresariales con y sin EP, y con las ganancias de capital.

## 2. LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS PREVISTA EN LOS CDI

### 2.1. LA APLICACIÓN E INTEPRETACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

La aplicación de la definición de dividendos resulta compleja, en primer lugar, porque se enmarca en un tratado internacional que tiene una doble naturaleza<sup>32</sup>, al pertenecer simultáneamente a los dos ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes y al ordenamiento internacional, en donde puede encontrar antinomias con preceptos internos o internacionales<sup>33</sup>. Hemos defendido que la definición de dividendos del artículo 10.3 de los CDI se utiliza para realizar la calificación secundaria y que, sobre esa base, debería prevalecer sobre el Derecho interno, a menos que ese mismo ordenamiento avale el desconocimiento de los tratados (*treaty override*), caso en el cual podría derivarse una responsabilidad internacional, pues bajo el Derecho internacional los CDI prevalecen sobre la legislación interna. En segundo lugar, los intérpretes de la definición son las autoridades de distintos países y no existe un órgano de cierre jurisdiccional que resuelva en último término una cuestión problemática. En tercer lugar, no existe un mismo contexto jurídico-social que permita encontrar la única respuesta válida. Sin embargo, las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) pueden ayudar a solucionar muchos problemas. En esa línea, se debe buscar de buena fe el lenguaje

<sup>32</sup> HELMINEM (2010): pág. 32.

<sup>33</sup> VOGEL y PROKISCH (1993): pág. 62.

común, usando simultáneamente los métodos de interpretación gramatical, sistemático y teleológico que ahí se describen (arts. 31 y 32 CVDT)<sup>34</sup>. Ello supone partir de los sentidos posibles de las palabras de acuerdo con el método gramatical. Por consiguiente, se debe dar prevalencia a los significados autónomos convencionales sobre los internos y, dentro de estos, a los tributarios sobre los de las otras ramas del Derecho, según se observa de la norma interpretativa de los CDI (art. 3.2 MCOCDE)<sup>35</sup>. Sin embargo, cuando el Derecho tributario interno y los CDI usan términos del Derecho privado sin asignarles un significado especial, es difícil alejarse de su significado en esa disciplina. Ello ocurre con la definición de dividendos del artículo 10.3 del Modelo, que si bien tiene un contenido inicialmente autónomo convencional y autónomo tributario, al final se permea por la legislación mercantil interna al usar términos con un significado preciso en esa rama. Y es que la interpretación sistemática no ayuda en la mayoría de los casos, pues la existencia de un contexto o de un contexto ampliado para interpretar el concepto es una posibilidad remota, gracias a las restricciones del principio de reserva de ley tributaria presente en muchas legislaciones. Así, los CMOCDE no pueden ser admitidos sin discusión como contexto<sup>36</sup>, y si bien son un elemento de obligatoria consulta, lo cierto es que las más de las veces no fijan una posición clara, sino que admiten diversas interpretaciones, y se decanta por alguna, que generalmente es la más adecuada a la política fiscal que interesa a las Administraciones tributarias. Ello sin contar con que son notorias las variaciones en la interpretación que se dan en las distintas versiones de los Comentarios. Tampoco la referencia a los principios y valores resulta útil, pues la definición de dividendos en los CDI difícilmente tendrá un propósito distinto al de repartir la potestad impositiva entre los Estados, y la justificación de principios como el abuso del derecho resulta cuestionable<sup>37</sup>, dado que su contenido en los ordenamientos aplicables puede ser diverso<sup>38</sup>. Dado que es difícil alejarse del significado del Derecho privado interno, se hace necesario indagar en la historia de la institución de los dividendos en los CDI para verificar las razones detrás de su existencia, y así solucionar las cuestiones de *lege ferenda* y *lege lata* que el artículo 10.3 plantea.

## 2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI

Teniendo en cuenta que la revisión de la historia de la definición de dividendos tiene como objeto encontrar argumentos a los problemas actuales que presenta la definición de dividendos, es menester enfocarse entonces en el momento en que surge la estructura básica del artículo de dividendos, con su finalidad de prohibir la extraterritorialidad y repartir la potestad impositiva

<sup>34</sup> VOGEL y PROKISCH (1993): pág. 66 y ss.

<sup>35</sup> LANG (2010): pág. 40.

<sup>36</sup> LANG (2000): pág. 18.

<sup>37</sup> Como lo propone VOGEL (1997) en el cual él aplica la regla de *substance over form*.

<sup>38</sup> LANG (2010): párrafo 74.

de una renta que proviene de beneficios que potencialmente hayan tributado en nombre de la entidad distribuidora. Por ello, es notorio que en los primeros convenios y normas armonizadoras, en particular en la Ley de la Alemania Imperial para eliminar la doble imposición (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) de 13 de mayo de 1870, los dividendos no aparecieran regulados expresamente. Sin embargo, bajo la redacción de tal ley la jurisprudencia de la Corte Administrativa del Gran Ducado de Baden admitió la ficción de que los socios no obtienen los beneficios empresariales de la entidad<sup>39</sup>. Ello explica que luego, en el CDI entre Alemania y Checoslovaquia de 1921 se incorpore a los dividendos dentro de la categoría de los capitales mobiliarios, junto con los intereses y regalías, para dar cierta consistencia en su tratamiento y para permitir al Estado de la fuente realizar una imposición que, en ausencia de regla específica, resultaría cuestionable bajo la redacción de los CDI anteriores. De esta forma, se empieza a aceptar el sistema de imposición clásico, al permitir a la fuente gravar tanto a los beneficios de la entidad distribuidora, como a los dividendos<sup>40</sup>. Estos últimos calificaban bajo la categoría amplia de rendimientos del capital mobiliario o de los valores mobiliarios.

El borrador de Modelo de Convenio de 1927<sup>41</sup> y el *Draft 1A* de 1928<sup>42</sup> de la Sociedad de las Naciones fueron los primeros en incorporar un artículo específico para los dividendos, que eran las rentas derivadas de las acciones o partes análogas en «empresas». Con todo, no puede admitirse que ese sea el antecedente de la definición del artículo 10.3 del MCOCDE, puesto que solo en el Modelo de Londres<sup>43</sup> y en los trabajos del WP12 de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OEEC)<sup>44</sup> se decantan unas normas de reparto que se ligan a la definición, y que permiten entender a los dividendos como un rendimiento que debe haber sido previamente considerado objeto de imposición como beneficios de la entidad distribuidora. Por ello, el artículo de dividendos predominante en la segunda mitad del siglo XX parte de la base de una regla de fuente basada en la residencia de la sociedad, y se extiende a atenuar la doble imposición económica intersocietaria que puede darse a nivel transfronterizo, tal y como se deriva del actual artículo 10.1 lit. a)<sup>45</sup> y de los Comentarios sobre los métodos de integración en la fuente y de exención por participación sustancial y de crédito indirecto en la residencia. A la par, pretenden salvaguardar las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora,

<sup>39</sup> Alemania, Criminal Division, Judgment of 26 February 1883. R. No 3084/82.

<sup>40</sup> HARRIS (1999): pág. 7 y ss.

<sup>41</sup> League of Nations (1927) *Double Taxation and Tax Evasion*, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion. (Official No.G.216.M.85.1927.II.) Ginebra: League of Nations: págs. 10-18.

<sup>42</sup> HARRIS (1996): pág. 305.

<sup>43</sup> League of Nations (1946) *London and Mexico Model Tax Conventions: Commentary and Text*, Fiscal Committee, (Official number C.88.M.88.1946.II.A.), Ginebra: League of Nations: págs. 63-65.

<sup>44</sup> Vid. [www.taxtreatieshistory.org](http://www.taxtreatieshistory.org)

<sup>45</sup> Para HARRIS (1996): pág. 307 el Modelo de Londres es un hito de aceptación del sistema clásico sociedad-socio y de la asignación de la potestad tributaria de acuerdo con el tipo de contribuyente.

para que, cuando se manifiesten sobre esta última, se apliquen de forma ilimitada y, cuando recaigan sobre los socios, pueda gravarse hasta el tipo máximo pactado en los CDI, pero dejando en libertad a dicho Estado de someter al tributo las distribuciones ocultas que puedan afectar la imposición de la sociedad. La concepción de la categoría de los dividendos en los CDI encuentra explicación en la idea de reciprocidad efectiva presente en los antecedentes del CDI entre Estados Unidos y Reino Unido de 1945, según la cual habría que valorar conjuntamente la carga fiscal de la entidad y la de los socios, para así determinar si la imposición total es semejante en ambos Estados<sup>46</sup>. De esa forma se acepta que el objeto imponible es uno solo, y dos los hechos imposables, aunque el MCOCDE de 1963 que se decantó por establecer una regla fija que, en aras de brindar seguridad jurídica, ofrece una reciprocidad en la retención en la fuente máxima admitida para los dividendos, pero mantiene esa idea de que se trata de un mismo objeto imponible.

Las tres partes de la definición de dividendos del MCOCDE actual derivan de los trabajos del WP12 y del borrador de Modelo de 1963<sup>47</sup>. En estos se aprecian diversos problemas de lenguaje, ya que la traducción de los tipos societarios y los derechos en las mismas no resultaba fácil, en particular porque variaban de una legislación a otra, y porque los dos idiomas oficiales, el inglés y francés, representaban dos tradiciones jurídicas distintas<sup>48</sup>. Es así como surge el problema de definir qué tipos de derechos en qué tipos de entidades generan dividendos, lo cual lleva al final a incluir la segunda y tercera parte de la definición de dividendos. En relación con aquella, su origen se encuentra en la incorporación que se hizo de los títulos valores con retorno variable que cumplieren con la condición esencial de la definición del Primer Informe, consistente en que debían provenir de un contrato de asociación en una entidad independiente<sup>49</sup>. Ante la amplitud de dicha condición esencial y la ambigüedad de las palabras usadas en la definición del Primer Informe, se empiezan a caracterizar los derechos con la palabra inglesa usada —«shares»—, luego reemplazada por «rights» y la francesa «parts», y posteriormente con la expresa exclusión de los derechos de crédito en ambos idiomas<sup>50</sup>. El Modelo más reciente mantiene la diferencia entre la

<sup>46</sup> League of Nations (1946b) Fiscal Committee, *Report on the work of the Tenth Session of the Committee held in London from March 20th to 26th, 1946*. (Official No. C. 37.M.37.1946.II.A.) Ginebra: League of Nations.

<sup>47</sup> OEEC, FC/WP12 (58)1 Part I. (28 de noviembre de 1958); FC/WP12 (58)1 Part II. (28 de noviembre de 1958). FC/M(59)1. TDF/FC/57 (1st revision) (19 de marzo de 1959). FC/M(59)2 (15 de mayo de 1959). FC/WP12(60)1 (8 de enero de 1960). TDF/FC/88. FC/M(59)5 (30 de diciembre de 1959). FC/WP12(60)1 (8 de enero de 1960). FC/WP12(60)2 (30 de abril de 1960). WP12(60)3 (1 de agosto de 1960). FC/WP12(60)4 (24 de septiembre de 1960). FC/M(60)5 (12 de octubre de 1960). FC/WP12(61)1 (6 de enero de 1961). FC/WP12(61)2 (9 de febrero de 1961). FC/WP12(61)3 (20 de febrero de 1961). OEEC, FC/WP12(58)1 Part I. (28 de noviembre de 1958); FC/WP12(58)1 Part II. (28 de noviembre de 1958).

<sup>48</sup> AVERY JONES *et al.* (2009).

<sup>49</sup> HATTINGH (2009): pág. 510. PIJL (2011): pág. 498, considera que este requisito era amplio pues podía ser un contrato no societario y el término asociación es indeterminado.

<sup>50</sup> OEEC, FC(61)1 Annexes. AVERY JONES *et al.* (2009), nota al pie 68, indica que esto se hace pues se quería corregir la traducción del inglés al francés y al traducir «part» como «rights», estos últimos podían comprender los derechos de crédito. «The exclusion for debt-claims is first found in a version of 23 May 1961 (FC(61)1ann) without any ex-

versión francesa e inglesa. La revisión de los CDI que inspiraron esta segunda parte permite concluir que se buscaba comprender a las participaciones o posiciones en entidades no mencionadas en la primera parte, que otorgaba derecho a participar en beneficios, y se asumía que recibían el mismo tratamiento tributario que los dividendos ordinarios<sup>51</sup>. La tercera parte nace de la necesidad de describir ciertos tipos de participaciones en entidades que no eran acciones, ni ninguno de los tipos de participaciones enunciados en la primera y segunda parte. No puede olvidarse que la remisión se crea al mismo tiempo que se elimina de la definición a aquellas referencias a las participaciones en sociedades cooperativas, de responsabilidad limitada y en comandita simple. De esta forma, la remisión al derecho interno quiere significar que «participaciones sociales», en el sentido del artículo 10.3, son derechos representativos del capital en los distintos sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades reconocidos por el derecho interno. Sin embargo, dicha remisión se reinterpreta<sup>52</sup> en el Modelo de 1977 para dar soporte normativo expreso a la inclusión, dentro de la categoría convencional, de aquellos pagos que no constituyen mercantil ni formalmente un dividendo, como las distribuciones encubiertas de beneficios u otros beneficios asimilados, que ya desde el Primer Informe del WP aparecía en los Comentarios. Así, temas como la subcapitalización, si bien no tenía que ver con el propósito inicial, sí debían quedar comprendidos pues la finalidad última es comprender en el artículo 10 rentas que potencialmente podrían tener doble imposición económica sociedad-socio<sup>53</sup>.

La redacción de la definición de dividendos no sufre alteraciones desde su redacción del MCOCDE de 1963, salvo en su tercera parte en el año 1977 como se describe en el siguiente epígrafe. Los Comentarios a la misma tampoco varían sustancialmente, pero son modificados los Modelos de 1977 y 1992. En la primera fecha se deja claro que la definición de dividendos debe ser objeto de un estudio particular en cada CDI y que el Modelo no puede ser copiado irreflexivamente<sup>54</sup>. En 1992 se incluyen las conclusiones de los trabajos del Informe de Subcapitalización de 1987 que incorpora el criterio del riesgo para distinguir entre dividendos e intereses, y del informe sobre uso de sociedades base del mismo año, destacado por admitir la compatibilidad entre los CDI y las normas de transparencia fiscal internacional (Cap. II, apdo. 2.2.3.).

---

planation for the change, but it is assumed that the drafting group made it because the general words "other rights participating in profits" were more general in English than parts in French and could have included creditor rights, which were not intended to be included on the change from the inappropriate reference to shares to other rights. In the same report, the definition of interest included "income from... bonds or debentures... whether or not participating in profits"».

<sup>51</sup> FC/WP12(58)1 Part II, pág. 18 y ss. Suiza-Alemania de 1931; Alemania-Suecia de 1928; Alemania-Austria de 1954. Suiza-Suecia de 1948; Italia-Suiza de 1946.

<sup>52</sup> O quizá esa ya era la intención en los trabajos del WP12 de Comité Fiscal en la Sesión 20. FC/M(60)5. *Vid.* en contra: HATTINGH (2009): pág. 514.

<sup>53</sup> En contra AVERY JONES *et al.* (2009): págs. 19-21.

<sup>54</sup> Párrafo 35 artículo 10 MCOCDE. Véase el ligero cambio en la tercera parte de la definición. VOGEL (1997): párrafo 199, pág. 656. Y los trabajos del WP23 cuyas conclusiones se aprueban por el WP1 en su séptima reunión que tuvo lugar del 13 al 15 de febrero de 1973. OECD, CFA/WP1(73)2 (31 de enero de 1973); DAF/CFA/WP1/73.5 (11 de abril de 1973).

La revisión de los CDI demuestra que la definición de dividendos prevista en el MCOCDE no se altera comúnmente, como no lo hace tampoco en el MCONU. Sin embargo, existen variaciones sustanciales en la redacción de las tres partes de la definición que se resumen así:

En relación con la primera parte, algunos varían los derechos que generan los dividendos, por ejemplo, solo se refieren a las acciones o eliminan a las acciones y bonos de disfrute<sup>55</sup>, o las acciones de disfrute, mientras que ciertos tratados, al evitar repetir acciones, se leen como «... acciones o bonos de disfrute...»<sup>56</sup>. Esto causa problemas respecto de las acciones que no son de disfrute que no quedarían expresamente contenidas en la primera parte. Es curiosa la introducción de otros derechos con un significado muy concreto en el derecho privado, como el de «aportaciones»<sup>57</sup>, o la confusa remisión a los conceptos de la Directiva Matriz-Filial que realiza el CDI entre España y Suiza.

Por otro lado, la segunda parte es eliminada en algunos convenios, o se confunde con la primera parte. En ese sentido vale destacar la extraña diferencia de traducción que se aprecia en varios CDI españoles que basándose en la versión francesa indica que «otras partes beneficiarias/ otros derechos que permitan participar en beneficios, excepto los de crédito»<sup>58</sup>. Dicha redacción potencia las dudas sobre si la exigencia de ser derechos de crédito se predica también de la primera parte, aunque es extraño que en aquellos CDI que cuentan con una versión inglesa la redacción no varía con respecto a la versión española y anglosajona del MCOCDE, de forma que pareciera que su variación no obedece a una intención deliberada de los negociadores, sino a una diferencia de traducción que no debería arrojar un resultado diferente al que resulte del texto del Modelo. En Países Bajos y otras jurisdicciones se aprecia que la segunda parte de la definición no solo elimina la frase «excepto los de crédito», sino que expresamente incluye a los beneficios atribuidos a los ocultos (*silent partners*) en cuentas de participación (*silent partnerships*) o los rendimientos de los bonos y obligaciones que participen en beneficios<sup>59</sup>. Aunque esto pueda tener sentido para la política fiscal de jurisdicciones como la neerlandesa donde las rentas de esos derechos de crédito se gravan como las rentas de las acciones, lo cierto es que puede generar asi-

<sup>55</sup> P. ej. España-Noruega 2001.

<sup>56</sup> España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Irlanda 1994; España-Luxemburgo 2007.

<sup>57</sup> España-Ecuador; Alemania-Ecuador. *Vid.* VOGEL (1997). Párrafo 203, artículo 10.

<sup>58</sup> España-Túnez 1987; lo curioso es que incluso los CDI más actuales como el de España y Chipre de 2013 contienen el mismo error a pesar de que la traducción del MCOCDE 2010 del IEF no lo contiene. Incluso CDI tan antiguos como el de España-Canadá 1981 o España-Finlandia 1968 no caen en el error. España-Arabia Saudí 2008; España-Armenia 2012; España-Croacia 2006; España-Egipto 2006; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Eslovenia 2002; España-Georgia 2011; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; España-Japón 1974; España-Moldavia 2009; España-Nigeria 2009; España-Nueva Zelanda 2006; España-Serbia 2010; España-Sudáfrica 2008; España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Jamaica 2009; España-Reino Unido 2013 (en trámite de ratificación); España-Singapur 2012.

<sup>59</sup> P1JL (2011): pág. 496.



metrías si se incluye de forma bilateral en los CDI si el otro Estado contratante grava esos tipos de rendimientos como intereses.

Finalmente, la tercera parte, al igual que el MCOCDE, suele contener la remisión a la legislación interna condicionada a que el rendimiento derive de «participaciones sociales». Sin embargo, se observa que algunos CDI hacen una remisión amplia que varía la condición a que se trate de «otros derechos»<sup>60</sup>. Existen otros que no mencionan el derecho del que deriva, por lo cual se refieren directamente a «otros rendimientos», configurando una remisión amplísima<sup>61</sup>. Esta última redacción se observa en el MCEUA y como bien destacan las *technical explanations*, permite solucionar la mayor parte de conflictos de calificación que se generan por el artículo 10.3 del MCOCDE<sup>62</sup>. De otro lado, la tercera parte contiene otros aspectos hasta algún punto olvidados por la doctrina, por ejemplo, la redacción de la remisión puede hacerse sobre la base del Modelo de 1963 y comprende los rendimientos «asimilados» a los de las acciones o, siguiendo al Modelo de 1977, «sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones» (Cap. II, apdo. 2.3.).

### 2.3. NORMAS Y DOCTRINA ANTIABUSO Y LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

El régimen tributario interno de los dividendos puede ser objeto de abuso, bien sea a través de la captación o de la elusión del mismo. Eso plantea la cuestión de la compatibilidad de la definición del artículo 10.3 del Modelo y las recalificaciones realizadas por los Estados. En esa línea, es necesario discernir entre los distintos tipos de recalificaciones.

En primer lugar, se entienden que son perfectamente aceptadas por el CDI aquellas que consideran como dividendos otros tipos de elementos de renta, siempre que se enmarquen en la tercera parte de la definición de dividendos. Esto es, si son aplicadas por el Estado de la fuente, su consecuencia es sujetarlas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones y la fuente de la renta son las participaciones sociales. Ello es así puesto que se trata de una interpretación coherente con el sentido gramatical de la definición, además tiene una larga trayectoria en el lenguaje fiscal internacional, al aparecer desde los primeros trabajos del WP12 y mantenerse en su

<sup>60</sup> P. ej. Colombia-Corea 2013; Colombia-México 2013; España-Chile 2004. Este último con la siguiente redacción «otras participaciones sociales o derechos sujetos...».

<sup>61</sup> Con redacciones similares o idénticas a: «... otros rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente»; España-Alemania 2012; España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bélgica 2003 con la particularidad «... así como las rentas –incluso las satisfechas en forma de intereses–...»; España-Estados Unidos 2013; España-Hong Kong 2012; España-Reino Unido 2014, con la particularidad «... así como cualquier otro elemento sujeto al mismo régimen fiscal...»; España-Singapur 2012; España-Uruguay 2011; Colombia-República Checa 2013; España-Australia 1992 «otros rendimientos que la legislación fiscal del Estado contratante del que sea residente la sociedad que los distribuye asimile a los rendimientos de las acciones»; España-Finlandia 1968; España-Marruecos 1985; España-Suecia 1977.

<sup>62</sup> Vid. HELMINEM (2010): pág. 176.



esencia hasta los Comentarios más recientes<sup>63</sup>. Además, se acompasa con una interpretación teológica del precepto que busca repartir la potestad impositiva, dando al Estado de la residencia de la entidad distribuidora un amplio margen de configuración legislativa que le permita evitar los abusos en la imposición de ese mismo objeto imponible. En todo caso, la definición parece que solo permite comprender aquellos rendimientos que corresponden a una transferencia de riqueza de la entidad distribuidora de dividendos.

Por el contrario, no encuadran dentro de la tercera parte de la definición aquellos abusos del régimen tributario de los dividendos en el Estado de la residencia o las recharacterizaciones de los dividendos en otras categorías de rentas, hechas por el Estado de fuente. De tal forma, su compatibilidad depende de la posición que se asuma frente al problema de la relación entre las normas internas antiabuso y los CDI, sobre las que no existe uniformidad por parte de los países, ni de la OCDE, ni la doctrina, tal como se observa en las incoherencias de los Comentarios del año 1977<sup>64</sup>, 1992<sup>65</sup> y 2003<sup>66</sup>. En particular, la construcción de un estándar convencional de abuso como justificación de la no aplicación de los mandatos del Tratado resulta cuestionable en los citados Comentarios, ya que el denominado *guiding principle* utiliza dos elementos completamente indeterminados. De hecho, el artículo 10 del Modelo tiene la finalidad de repartir el poder tributario sobre los dividendos, y ese propósito solo puede concretarse en el marco de la propia redacción de la definición de dividendos<sup>67</sup>. Así, tendría poco fundamento señalar que el artículo 10.3 ha sido objeto de *rule shopping* según una norma interna antiabuso que considera que se ha captado o eludido su presupuesto de hecho. En consecuencia, toda recalificación de un elemento de renta en dividendos o viceversa requiere cumplir con la definición del CDI, a menos que exista una salvaguarda expresa en el tratado que permita crear un estándar común de abuso, se trate de una simulación<sup>68</sup> y se descubran los verdaderos hechos o simplemente el derecho interno permita el desconocimiento del tratado. Es importante así detenerse a indicar que esta conclusión solo se predica de la calificación secundaria con los efectos que de ella pueden derivar, de forma que las consecuencias de las recalificaciones en el derecho interno no se verán limitadas si no contradicen los mandatos convencionales. En definitiva, el asunto de las entidades híbridas y los instrumentos financieros híbridos difícilmente puede resolverse por cuenta de normas an-

<sup>63</sup> Párrafo 28 artículo 10 del MCOCDE.

<sup>64</sup> Párrafo 7, 23 artículo 1 del CMOCDE 1997.

<sup>65</sup> Párrafos 22-26 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>66</sup> Párrafos 9,2 artículo 1 del CMOCDE; Párrafo 22.1 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>67</sup> La solución de 2003 pretende justificar la finalidad antiabuso de los CDI que se ha criticado vehementemente. *Vid.* ZORNOZA y BÁEZ (2010): párrafo 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ (2004): pág. 321. Las mismas críticas pueden predicarse del MCONU de 2011, aunque se atemperan por el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 1 que busca minimizar la inseguridad jurídica, al exigir que «el principio rector se aplique bajo la base de los hechos objetivamente encontrados, y no solamente la intención alegada por las partes», párrafo 25 de los Comentarios al artículo 1 del MCONU.

<sup>68</sup> Sobre las diferencias entre simulación y abuso véanse ZORNOZA y BÁEZ (2010): párrafo 13; ARNOLD y VAN WEEGHEL (2006): apdo. 5.4.6.

tiabusos, ya que las recalificaciones pueden afectar a las definiciones o el régimen jurídico de los dividendos en uno de los ordenamientos internos, pero difícilmente lo harán respecto del CDI y de las normas del otro Estado contratante (Cap. II, apdo. 3).

### 3. LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE DIVIDENDOS EN LOS CDI

En la definición del artículo 10.3 del Modelo se encuentran los tres *elementos del concepto de dividendo*, a saber: a) la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a la que se le atribuyen los beneficios; b) la participación social en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios; y, c) la relación entre el rendimiento pagado por la sociedad y las participaciones sociales en la entidad. Estos mismos elementos aparecen también en las definiciones de los ordenamientos internos, aunque su concreción varía sustancialmente.

#### 3.1. ENTIDAD DISTRIBUIDORA DE DIVIDENDOS

La entidad distribuidora de dividendos es un elemento crucial para definir dividendos, pero se enfrenta con la dificultad que supone la ausencia de armonización del derecho privado, en concreto, del concepto de persona jurídica y sus atributos<sup>69</sup>. La ausencia de armonización se da también en el derecho tributario que, por regla general, delimita al sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades remitiéndose a la legislación mercantil<sup>70</sup>. Sin embargo, suele considerarse como transparentes a ciertas personas jurídicas, y como opacas a entidades o contratos sin reconocimiento por la legislación societaria<sup>71</sup>. De esta forma, si bien teóricamente podría afirmarse que los dividendos solo deben provenir de beneficios que han sido objeto de sujeción a imposición en nombre de la entidad, en la práctica ello puede no ocurrir, por cuenta de que dos o más legislaciones difieran sobre la clasificación de la entidad o la atribución de la renta a esta o sus propietarios. Por consiguiente, habrá lugar a doble imposición o doble no imposición si un Estado considera que la entidad existe y que por ello los rendimientos de los socios son dividendos y el otro entienda que los beneficios son obtenidos por los partícipes (por todos proporcionalmente o por solo algunos de ellos), manteniendo la misma fuente, naturaleza y calificación original<sup>72</sup>.

En los CDI la entidad distribuidora se caracteriza a través de los términos sociedad y participaciones *sociales* usados en los artículos 3.1 y 10 del MCOCDE. Sin embargo, la entidad distribuidora debe cumplir con el ámbito subjetivo del CDI para ser tal. Así, gráficamente existen

<sup>69</sup> AVERY JONES *et al.* (2009): págs. 9 y 10.

<sup>70</sup> Para mayor abundamiento *vid.* LANG y STARINGER (2014): págs. 24-28.

<sup>71</sup> LANG y STARINGER (2014): págs. 19 y 27.

<sup>72</sup> OECD (1999): párrafos 5-22; LANG y STARINGER (2014): pág. 30.

cuatro círculos concéntricos, el más amplio son las «personas», que se restringe a las «residentes» en el segundo (relativo al ámbito subjetivo del Tratado), a sociedad en el tercero (determina el requisito de bilateralidad del art. 10.1) y la entidad distribuidora de dividendos en el cuarto (permite calificar la renta como dividendos). Dicho esto, el ámbito subjetivo de los CDI comprende a las personas físicas, a las sociedades y agrupaciones de personas que sean residentes. La residencia exige, entre otras condiciones, ser sujeto a imposición, lo cual, en un sentido lato, se ha entendido que debe ser un vínculo con un Estado que permita a este gravar a la entidad, aunque no lo haga. La interpretación preponderante en los CMOCDE es más restringida, pues exige que sea al menos un sujeto de impuestos comprendidos por el tratado. Sin embargo, existen criterios que exigen una imposición efectiva en la entidad, o incluso que se compruebe que no es una entidad instrumental<sup>73</sup>.

Como se observa, el criterio de sujeción a imposición es perfectamente indeterminado, pero los Comentarios al Modelo de 2000, tras el Informe de *Partnerships*, requieren que la entidad sea opaca, es decir, que la renta no se atribuya directamente a sus miembros según el Estado de residencia de la misma<sup>74</sup>. Ello genera la dificultad de saber cuándo existe opacidad o transparencia. Ha de notarse que el ámbito subjetivo del Modelo también contiene a las agrupaciones de personas y que en los CDI suelen incluirse directamente como *personas* o como *residentes* a entidades que pueden no estar sujetas a imposición en el sentido de la interpretación dominante en los Comentarios<sup>75</sup>. La existencia de entidades transparentes con derecho a la aplicación de los beneficios convencionales puede llevar a supuestos de doble no imposición, en la medida en que se crea una suerte de ficción, similar a la que se sucede con la entidad distribuidora de dividendos, pero con la diferencia de que al no tratarse de *sociedades* no sería aplicable el artículo 10 del Modelo en sentido de otorgar derecho al Estado de la residencia de los miembros de la agrupación de personas para gravarlos. De tal manera, aunque según el derecho interno dicho Estado se aplique a un régimen de transparencia, el CDI podría impedir que se graven los beneficios obtenidos a través de la agrupación de personas del otro Estado. Esto sucedió precisamente en el caso *Padmore* en el Reino Unido<sup>76</sup>.

Las instituciones de inversión colectiva (IIC) pueden ser transparentes, caso en el cual no podrían ser una entidad distribuidora de dividendos. Este resultado no parece contrario a la política fiscal que la OCDE quiere justificar para estas entidades, siempre que se garanticen mecanismos expeditos para que los inversores accedan a los beneficios convencionales. Ahora bien, si la IIC es sujeto del impuesto sobre sociedades y su régimen jurídico le permite: a) deducir los pagos a sus inversores; b) tener un tipo reducido o nulo; c) eliminar la doble imposición al nivel del inversor mediante un sistema de integración; según la OCDE puede haber problemas para considerar

<sup>73</sup> Sobre estas posiciones *vid.* COUZIN (2002); VOGEL (1997); artículo 4 párrafo 24 y ss.

<sup>74</sup> OECD (1999): párrafo 40. Críticas a esto en: LANG (2000): pág. 37; COUZIN (2002): pág. 109.

<sup>75</sup> Párrafos 3 y 8 artículo 4 del CMOCDE.

<sup>76</sup> Reino Unido, *Padmore vs. Inland Revenue Commissioners*, 1989, STC 493.

a la entidad como residente y como entidad distribuidora de dividendos<sup>77</sup>. Estas dudas parecen ilógicas, puesto que, al menos en el caso c), esto es lo que ocurre de ordinario en los sistemas de integración. Ahora bien, los fondos de inversión inmobiliaria (FII) presentan similares problemas, la OCDE justifica la necesidad de considerar a estas entidades como residentes y entidades distribuidoras de dividendos, a pesar de que sean transparentes y/o no sujetas a imposición. Ante las restricciones que impone la literalidad del Modelo, la organización sugiere incluirlas expresamente como entidades distribuidoras<sup>78</sup>. La revisión de los CDI muestra ejemplos de estas aclaraciones, y deja como observación que en todos estos casos es relevante, desde un punto de vista de *lege ferenda*, comprobar que los círculos sigan siendo concéntricos y que no se han convertido en policéntricos, pues se pueden causar conflictos de interpretación.

La definición de sociedad prevista en el literal b) del artículo 3.1 del Modelo hace parte de ese tercer círculo concéntrico que permite determinar el ámbito subjetivo del artículo 10 y construir, junto con el artículo 10.3, el elemento de la entidad distribuidora de dividendos, en el cuarto círculo. Su texto incluye a las personas jurídicas (primera parte) y a cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos (segunda parte). Se ha discutido ampliamente si esa primera parte es una referencia al derecho privado. En nuestro criterio solo las personas jurídicas a efectos impositivos son «sociedades» para el MCOCDE, en tanto que hay evidencia de que los redactores no pretendían asignarle el significado preciso del derecho civil y mercantil, según aprecia en los trabajos del WP14 de la OEEC<sup>79</sup>. Además, acudir al derecho privado contradice las reglas de interpretación de los CDI, no lleva a una respuesta clara y se contradice con las finalidades claramente descritas en los documentos históricos del WP14 y del WP12<sup>80</sup>. Estos últimos señalan que la entidad distribuidora debe ser una entidad opaca, esto es, considerada como persona jurídica a efectos impositivos. De todos modos, de *lege ferenda* y en aras de la seguridad jurídica, la eliminación de la primera parte de la definición de dividendos resulta recomendable.

En cuanto a la segunda parte, se ha cuestionado qué significa ser persona jurídica a efectos impositivos y conforme a qué Estado debe tener esa condición. A nuestro juicio se requiere que la entidad sea opaca. La historia y literalidad de los artículos del CDI no avala una conclusión como la del párrafo 27 de los Comentarios al artículo 10 del Modelo, que exige que la entidad

<sup>77</sup> Párrafo 6.12 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>78</sup> OECD (2007): párrafos 18-19.

<sup>79</sup> OEEC, FC/WP14(59)1. Inicialmente la definición indicaba: «The term "company" means any body corporate and any entity which is treated as a body corporate for tax purposes»; FC/WP14(61)1 en el párrafo 3 explicaba la existencia de dos partes de la definición; FC/WP14(61)2 en este Informe se reemplaza el «means» por «includes». Los comentarios al recién citado informe son los más completos y resumen las discusiones más importantes entorno a las sociedades incorporadas. Las discusiones al último informe se reflejan en el FC/M(61)5 destacándose que se centran únicamente en el problema de las sociedades de personas (*partnerships*). *Vid.* AVERY JONES *et al.* 2009: pág. 7. En contra: AVERY JONES *et al.* (2000): págs. 8 y 9; HELMINEM (2010): pág. 81.

<sup>80</sup> Actualmente en los párrafos 2, 3 y 27 de los CMOCDE al artículo 10, con antecedentes en el primer informe del WP12 (FC/WP12(60)4); CMOCDE (1977): artículo 10 párrafo 26.

esté sujeta a imposición como las sociedades anónimas<sup>81</sup>. Además, ese mismo párrafo se refiere a que tenga un tratamiento fiscal como las personas jurídicas según el Estado de la sede de dirección efectiva, referencia igualmente imprecisa y que debería hacerse al Estado de la residencia convencional. De hecho, el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 3 del Modelo de 2010 se remiten al Estado de «constitución» de la entidad, afirmación igualmente equívoca y salvo que encuentre soporte normativo expreso como en el MCEUA, no puede aceptarla<sup>82</sup>. De hecho en el Modelo de 2014 se modificó el Comentario para referirse al Estado de residencia<sup>83</sup>. La doctrina admite otras interpretaciones<sup>84</sup> y algunos CDI expresamente se remiten al Estado de constitución, lo cual puede llevar a que mientras los primeros dos círculos y el último contengan remisiones al derecho interno del Estado de la residencia, la circunferencia del tercero adquiera otro centro al remitirse al Estado de constitución y dando lugar a conflictos de calificación de rentas que la doctrina ha destacado<sup>85</sup>, pero que creemos pueden ser solucionados descartando la remisión al Estado de constitución como fruto de una interpretación teleológica, histórica y sistemática del CDI.

Los CDI no contienen normas de atribución, a menos que se acepten los argumentos del Informe de *Partnerships* según los cuales la atribución hecha por el Estado de la residencia es determinante<sup>86</sup>. Sin embargo, esos argumentos no son coherentes<sup>87</sup>, no se aplicarían fuera de los casos de fijación del ámbito subjetivo del CDI, y no encuentran una base sólida en el texto del Modelo. Por ello, las normas internas que atribuyen el hecho imponible a un sujeto no resultan restringidas por los tratados. Sin embargo, a efectos de la calificación de la renta, existe una regla implícita de atribución cuando se dan los presupuestos de la ficción de dividendos. Así, cuando hay una entidad distribuidora de dividendos, el Estado de residencia de los socios puede gravar los beneficios de la entidad pero tendrá que darle el tratamiento fiscal previsto en el convenio para los dividendos.

<sup>81</sup> Lo que se evidencia en: OEEC, WP14(61)1; FC/WP14(61)2 este informe se discute en el Comité Fiscal FC/M(61)5. En los supuestos de entidades no tratadas como unidad impositiva independiente por ninguno de los Estados contratantes; y aquellas tratadas como unidades impositivas independientes, pero de forma diferente a las personas jurídicas, estarían excluidas del ámbito subjetivo del artículo 10. FC/WP14(61)2; FC/WP14(61)4. El párrafo 5. AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 11.

<sup>82</sup> AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 12 entiende que organización (*organized*) y constitución (*incorporated*) en inglés significan lo mismo. La propuesta del IEF se adecua a la versión francesa del Modelo. En la versión inglesa la duda que se presenta es que si se hubiese querido decir «constituida» se habría utilizado la palabra «incorporated», sin embargo, teniendo en cuenta que esta última palabra inglesa tiene connotaciones de creación de «companies» y considerando que puede haber otro tipo de entidades además de las *companies*, es dable concluir que el término «organized» es correcto y su traducción al español ha de ser «constituido» bajo el entendido de las leyes que regulan el contrato «domicilio contractual» o «domicilio social», según el caso.

<sup>83</sup> Véase como antecedente: OECD 2013: párrafo 4.

<sup>84</sup> Así los CMOCDE anteriores a 2014. También AVERY JONES *et al.* (2009): págs. 11, 12 y 44. Aunque sugiera modificar los comentarios, admite esa interpretación. Igualmente lo hace HELMINEN (2010): pág. 80 y ss.

<sup>85</sup> HELMINEN (2010): pág. 82 y ss.

<sup>86</sup> FC/WP14(62)1: párrafo 11. FC/WP14(62)1: párrafo 11.

<sup>87</sup> Como lo destaca LANG (2000): págs. 59-63.

En esa línea, la ficción no concurre cuando la entidad es considerada transparente en el Estado de constitución (y a pesar de eso se considera residente a efectos convencionales p. ej. fondos de pensiones, IIC o FII), pues el CDI ha remitido directamente a la legislación de tal Estado para definir si la entidad es o no transparente, pues solo si lo fuere será distribuidora de dividendos en los términos del CDI. En consecuencia, si el Estado de constitución la ve transparente y el rendimiento tiene su fuente en esa misma jurisdicción<sup>88</sup>, no se genera la ficción de dividendos y el Estado de la residencia de los partícipes no tendrá que conceder el método para los dividendos sino el que corresponda a los rendimientos subyacentes<sup>89</sup>. Los regímenes fiscales de transparencia híbrida, como el francés, generan muchos problemas, e incluso doble imposición jurídica por conflictos de calificación. Por ello, la principal conclusión en este punto es que la negociación de los convenios requiere de un profundo estudio del asunto de la transparencia si se pretende solucionar la doble imposición y repartir el poder tributario de forma recíproca, pues por ejemplo, en el caso de las *Société Civil Immobilière* (SCI) francesas estudiadas por los jueces belgas, se permitió eliminar la doble imposición del impuesto sobre la actividad de la entidad pero atribuido a los socios belgas, a costa de las pretensiones impositivas de Bélgica que concedió un crédito por las rentas inmobiliarias<sup>90</sup>.

La ficción, en cambio, procede cuando un Estado contratante considera a la entidad como sociedad residente, con independencia de que el Estado de residencia de los socios la califique como transparente<sup>91</sup>. En ese sentido, en el caso en que la fuente de los rendimientos de la entidad se encuentre en el mismo Estado de la residencia de los socios, tal jurisdicción podrá gravar la parte del socio, pero en ningún momento el CDI permite restringir el derecho del Estado de residencia/constitución de la entidad de gravar a la entidad. Esa conclusión queda clara del Informe de *Partnerships*<sup>92</sup> y la doctrina concuerda en ella<sup>93</sup>, pues de lo contrario se desgarraría el funcionamiento del CDI. Ahora bien, en cuanto a la eliminación de la doble imposición en el cabeza del partícipe, los CMOCDE garantizan un crédito indirecto en estos casos, que de forma cuestionable justifican en el propio artículo 23 del Modelo<sup>94</sup>. Así, para los Comentarios se aceptará la proporción del impuesto pagado por la entidad. Este resultado genera una falta de neutralidad frente a las entidades en que no se presenta el conflicto de atribución, que como es bien sabido, solo tienen derecho al crédito directo por los dividendos<sup>95</sup>. Por ello, a nuestro juicio en este caso

<sup>88</sup> Supuesto similar al ejemplo 6 del Informe de *Partnerships*.

<sup>89</sup> LANG Y STARINGER (2014): págs. 49-52. Aunque esa sea la solución que defiendan, el *General Report* destaca otras.

<sup>90</sup> Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia de 4 de junio de 1974, JDF, 1975, pág. 83; Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia de 7 de noviembre de 2002, FJF2003/128. Una crítica similar en DE BROE Y DE LA SERNA (2005): pág. 15 *et seq.* Otras posiciones en: AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 8; OECD (1999): párrafos 124-139.

<sup>91</sup> Estos son los supuestos que dan lugar a las excepciones del Informe de *Partnerships* en los ejemplos 16 a 18.

<sup>92</sup> Incorporados en el párrafo 6.1 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>93</sup> LANG (2000): pág. 92.

<sup>94</sup> Párrafo 69.2 de los Comentarios al artículo 23 del MOCDE.

<sup>95</sup> La misma crítica en LANG (2000): pág. 98.

solo debe aplicarse el método previsto para los dividendos, y obviamente habrá doble imposición en cabeza del partícipe, pero la misma será de naturaleza económica y no jurídica. En cualquier caso, dado que procede la ficción, la doble imposición por los dividendos debe eliminarse, aunque existan conflictos de temporalidad, ya que de ser necesario deben reabrirse los términos de corrección de la liquidación.

El caso de las normas de transparencia fiscal internacional (en inglés llamadas de forma más restrictiva como *CFC*)<sup>96</sup> es muy similar al supuesto de conflictos de atribución referido en el párrafo anterior y a nuestro juicio debe recibir la misma solución. Ello porque a menos que se pacte una salvaguarda expresa, los CDI obligan a eliminar la doble imposición admitiendo la ficción de los dividendos<sup>97</sup>. Por más que el Estado de la residencia del socio califique con su *lex fori* al término «renta/rendimiento» usado en el artículo 10.1 del Modelo y encuentre competencia para gravar los beneficios no distribuidos, a efectos convencionales esa potestad supone la garantía del método previsto para los dividendos. En la mayoría de casos ello no presentará problemas, pues las normas de transparencia suelen eliminar la doble imposición económica, al admitir como crédito el impuesto subyacente (que será usualmente nulo o muy bajo) y el ingreso por la distri-

<sup>96</sup> Un análisis de la historia y el derecho comparado en la doctrina española: ALMUDÍ (2005): 29-106; párrafo 23 artículo 1 del MCOCDE.

<sup>97</sup> El MCOCDE nombra a las normas de CFC desde las modificaciones a los Comentarios de 1992, donde fueron incluidos argumentos a favor (párr. 22 art. 1 MCOCDE 1992) y en contra (párr. 23 art. 1 MCOCDE) de la compatibilidad. En el año 2003 se indica en los Comentarios que tales regímenes son compatibles con los CDI, y se reducen las contradicciones. Apoyando la interpretación dinámica: ALMUDÍ (2010): pág. 1.110. A favor de la inaplicación de los CDI frente a las normas de transparencia: la Corte Suprema Administrativa Sueca en el caso RÅ 2008 ref. 28; indicando que constituyen un *treaty override* y que la norma de transparencia en todo caso prevalece [Corte Suprema Administrativa Sueca (*Regeringsrätten*) SE: SAC, 5 de abril de 2008, X AB v. Swedish Tax Agency 12 ITLR 311. Disponible en *Tax Research Platform* IBFD, Case Law. [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Además, la práctica de Canadá y Estados Unidos señala que los tratados no se aplican a rentas de CFC. DE BROE *et al.* (2011): págs. 378-379]. Un buen número de CDI españoles aceptan expresamente las normas de transparencia fiscal internacional y sus efectos han de revisarse de conformidad con la redacción específica en cada caso. España-Argentina 2013; España-Alemania 2008; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Indonesia 2000; España-Jamaica 2009; España-Luxemburgo 1987; España-Moldavia 2009; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Singapur 2012; España-Trinidad y Tobago 2009; Colombia-México 2013. El CDI España-Australia 1992 contiene una regla particular en el artículo 10.4 del siguiente tenor: «4. En el caso de España, el apartado 2 de este artículo no será aplicable a las rentas que, con arreglo a las disposiciones de la legislación fiscal española, relativa a las sociedades en régimen de transparencia fiscal, sean imputables a los accionistas de dichas sociedades, se distribuyan o no a los mismos. Dichas rentas pueden someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna en tanto no estén sometidas al Impuesto sobre Sociedades español». El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del artículo 10 no será aplicable, pero agrega que «no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas.» Así mismo los CDI de España con Bulgaria, China de 1992, Filipinas de 1992, India de 1995 indican que en «el caso de España, el apartado 2 del artículo 10 (equivalente al MCOCDE) no se aplicará a la renta imputable, distribuida o no, a los accionistas de las Sociedades y Entidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto dicha renta no esté sometida al Impuesto sobre Sociedades español. Dicha renta puede someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna».



bución real no será considerado renta<sup>98</sup>. No obstante, en el caso en que el CDI disponga del método de exención, de un crédito indirecto o de un *tax sparing* para los dividendos, las normas de transparencia se verán restringidas y posiblemente pasarán a ser inocuas<sup>99</sup>. Con lo dicho, no se puede estar de acuerdo con las posiciones de quienes plantean que las normas de transparencia fiscal son contrarias al artículo 7<sup>100</sup>, puesto que bien es sabido que esa es una norma general que debe ceder ante normas especiales como el artículo 10<sup>101</sup>. Tampoco se puede aceptar que al ser una renta ficticia califica como «otras rentas» según el artículo 21 del Modelo, ya que está claro que existe una entidad distribuidora de dividendos, existen participaciones sociales y el hecho de que un Estado califique autónomamente el término «renta» no impide el encuadramiento en el presupuesto del artículo 10.3<sup>102</sup>.

Existen ciertas situaciones que algunos CDI asimilan a las entidades distribuidoras de dividendos. En primer lugar, los contratos de cuentas en participación son incluidos de forma atípica, puesto que aparecen en la definición de dividendos para comprender a los rendimientos obtenidos por los partícipes ocultos<sup>103</sup> y que, a falta de aclaración, serían considerados intereses por regla general, o beneficios empresariales si participan en la administración. Esas inclusiones no tienen en cuenta que eso implica modificar el centro del círculo de la entidad distribuidora sin modificar el de sociedad, de forma que podría darse el caso en que la renta sea considerada como dividendos según la definición, pero no se cumpla con el requisito de ser una sociedad, pues el gestor perfectamente podría ser una persona física o una agrupación de personas no sujeta como las personas jurídicas. En todo caso, si el propósito de la definición es comprender un rendimiento que potencialmente soporta doble imposición económica y, admitiendo que este sea un supuesto parecido al que se presenta en las relaciones sociedad-socio, no podría olvidarse que en muchos países ese rendimiento pagado al oculto será deducible para el gestor, de

<sup>98</sup> HARRIS (2010): pág. 587.

<sup>99</sup> RUST (2004): pág. 264 y ss.; ALMUDÍ (2005): págs. 356-359.

<sup>100</sup> ALMUDÍ (2010): pág. 1.109..

<sup>101</sup> Las rentas atribuidas al propietario de una sociedad controlada no residente en virtud de la norma de transparencia fiscal internacional son dividendos de acuerdo con el artículo 10 del MCOCDE en cuanto que son «rentas de las acciones» en una «sociedad» del otro Estado contratante. El término «sociedad» definido por el artículo 3.1 b) supone que el Estado que aplique la norma de transparencia fiscal internacional respete a efectos convencionales la consideración de «sociedad» que resulte de aplicación de la normativa del otro Estado contratante. Así, la renta debe ser calificada como dividendos.

<sup>102</sup> El término renta al no venir definido por el CDI se definiría de acuerdo con la *lex fori*. La doctrina ha entendido que se aplicaría el significado dado por legislación del Estado que aplique el CDI, que en el caso de normas de transparencia fiscal internacional sería claramente el de la residencia al aplicar el artículo 10.1 del MCOCDE. En esta línea HELMINEN (2010): págs. 136-137. En contra, la Sentencia del 28 de junio de 2002 del *Conseil D'Etat* francés en el caso *Schneider*.

<sup>103</sup> El Protocolo del CDI entre España y Portugal de 1995. La Consulta de la DGT de 19 de febrero de 1992 indicó que en relación con el Convenio España Portugal son dividendos las retribuciones por las aportaciones hechas a cuentas en participación por un partícipe no residente persona física.



forma que el tratamiento como dividendos no resulta del todo adecuado. En segundo lugar, es conflictiva la calificación de los rendimientos que derivan los beneficiarios de un trust, puesto que esos contratos tienen diversas tipologías y por lo general no son en sí mismos entidades distribuidoras de dividendos y los derechos que se tienen sobre patrimonio no reúnen las condiciones de participaciones sociales.

En tercer lugar, los vehículos colectivos de inversión como las IIC tienen problemas para calificar como entidades distribuidoras, lo cual ha causado que la jurisprudencia finlandesa considere que los pagos a los inversores son «otras rentas» y no dividendos a pesar de que el fondo era considerado una «sociedad» «residente» en ese país. El Tribunal finlandés arguyó que el régimen fiscal de los dividendos no es igual al de los rendimientos de los inversores porque los fondos están exentos, olvidando que la tercera parte se refiere al régimen de las rentas que obtienen los socios o inversores y no al régimen de la entidad distribuidora<sup>104</sup>. Además, los derechos de los inversores podrían subsumirse en la segunda parte del artículo 10.3 del Modelo. La práctica convencional a veces excluye a los fondos de ser residentes<sup>105</sup>, pero en otros casos los incluye expresamente<sup>106</sup>. En ocasiones se prevé directamente que los rendimientos de los fondos son dividendos, lo cual puede generar problemas también para cumplir con el artículo 10.1, puesto que el fondo o la IIC podría no ser una «sociedad». Es relevante evaluar que el objetivo de neutralidad se logre, pues si los inversores deberían soportar el gravamen, desde un punto de vista de política fiscal habrá que hacer que los límites convencionales sean acordes a las pretensiones impositivas. Un buen ejemplo en ese sentido es el CDI entre España y Estados Unidos de 2012.

En cuarto lugar, diferentes razones de política fiscal aconsejan promover las inversiones de las FII eliminando el nivel de imposición de la entidad, pero sin que para los inversores se mantenga la fuente y naturaleza original de la renta subyacente, ya que al ser rentas inmobiliarias se generaría una imposición ilimitada en la fuente. Por ello, los Comentarios al MCOCDE han buscado que los FII califiquen como entidades distribuidoras de dividendos a pesar de que no sean sociedades residentes en los términos del Modelo<sup>107</sup>. Esta inclusión directa puede generar los problemas que hemos descrito se plantean respecto del artículo 10.1. Se aprecia que el artículo 10 del Modelo es utilizado para disparar la ficción de que los inversores no reciben la renta subyacente, y no para someter a imposición unos rendimientos que potencialmente puedan soportar doble imposición económica, que en estos casos claramente no existirá.

<sup>104</sup> Vid. Finlandia, *Korkein Hallinto-oikeus*, Sentencia de 14 de junio de 1999, no. 1600; KHO: 1999:34. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>105</sup> España-Chile 2004; España-Jamaica 2009; España y Uruguay 2011; la aplicación del CDI se permite de forma condicionada a que las autoridades competentes fijen los requisitos en los Convenios: España-Alemania 2012; España-Francia 1997.

<sup>106</sup> España-Corea 1994; España-Alemania 2012; Modelo Ruso.

<sup>107</sup> Párrafo 67.1 y ss., artículo 10 del CMOCD. En España el CDI con Singapur de 2012.

Finalmente, los EP son unidades de atribución de rentas que pueden ser asimiladas a las entidades distribuidoras de dividendos<sup>108</sup>, aunque no son en sí mismos «sociedades» «residentes del otro Estado contratantes», ni existe una participación social de la casa central en el EP. Es más, a pesar de las remesas de beneficios de los EP se sujeten a imposición como las rentas de las acciones y que, por esa vía pueda pensarse que se enmarcan dentro de la tercera parte del artículo 10.3 del Modelo o en la versión amplísima de la remisión que contiene algunos tratados, el tenor literal de la comparación exigiría que se compare el tratamiento fiscal de los dividendos en el Estado de la casa central, con el de las remesas de beneficios, lo que no tiene ningún sentido. Así que a pesar de que la lógica económica aconseje tratar neutralmente a las remesas de beneficios de los EP y los dividendos de las filiales, el MCOUDE no permite responder a estos retos, gracias a que no comprende dentro del ámbito subjetivo del CDI a los EP. A los problemas descritos se une la cuestión de la discriminación que se suscitara por gravar de forma más gravosa al no residente del otro Estado contratante. Ello porque habrá dos hechos imponderables por cada nivel de imposición al no residente, que no son semejantes al de las empresas residentes, pues estas se ven sujetas a un solo nivel de imposición en su propia persona. Así, hasta tanto no se corrija el ámbito subjetivo de los CDI, los impuestos complementarios (*branch tax*) serán cuestionados por vulnerar los artículos 24, 10.5, 10.1 y 3.1 b) del Modelo, de ahí que bajo la estructura actual lo más aconsejable sea incluir cláusulas de salvaguarda específicas y la asignación de un tratamiento neutral, que consiste en replicar el tipo de gravamen permitido para los dividendos provenientes de una participación sustancial, respecto de las remesas de beneficios obtenidos mediante un EP, pero sin calificar esos últimos ingresos como dividendos a efectos del CDI<sup>109</sup>.

El elemento de la entidad distribuidora de dividendos requiere diferenciar entre los beneficios de la entidad y los dividendos propiamente, gracias a que los límites del artículo 10.2 del Modelo se refieren solo a estos últimos. La jurisprudencia tiende a considerar que el criterio debe ser estrictamente formal, esto es, dependiente de quién es el contribuyente<sup>110</sup>. En ese sentido, si se comprueba que la entidad distribuidora cumple la obligación tributaria, pero no lo hace en calidad de contribuyente, podrían aplicar los límites del CDI, como se ha concluido en India. Por ello, la diferenciación debe ser tenida muy en cuenta por los negociadores de los CDI, y de ser necesario deben aclararse los casos donde pueda ser difícil determinar el sujeto pasivo del tributo. Especialmente, ha de tenerse en cuenta la distinción formal entre ambos tipos de tributos para

<sup>108</sup> Como se ha entendido en el caso: Francia, *Cour administrative d'appel de Lyon*, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, caso *Sté Médecine Beauty*, n.º 06-1048. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>109</sup> El ejemplo de los CDI chilenos es muestra de una solución razonable a la cuestión. *Vid.* la reserva contenida en el párrafo 74 al artículo 10 de los CMOCDE hecha por Chile. Así mismo, los CDI estadounidenses ofrecen un buen ejemplo, ya que el segundo nivel de imposición se aplica además a las rentas inmobiliarias gravadas en base neta. El régimen de los Estados Unidos regula un valor presunto de remesa de beneficios a la casa central denominado el *dividend equivalent amount*, *vid.* MCEUA, *Technical Explanations*, artículo 10, paragraph 8, pág. 38. Ello basado en el *Internal Revenue Code* § 884(a). Finalmente cabe destacar la práctica canadiense, como por ejemplo el convenio entre Canadá y España de 1981.

<sup>110</sup> Australia, Case L23 (1979) 79 A.T.C. 110 (Board of Review).

poder garantizar así el mayor grado de reciprocidad<sup>111</sup>. Por ejemplo, en el caso colombiano se elimina la doble imposición económica considerando como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional a los dividendos provenientes de beneficios gravados en la sociedad, de forma que si no soportan imposición serán sujetos a nombre del socio como dividendos. Ello ha requerido negociar excepciones al artículo 10 del MCOUDE que han pretendido permitir esa imposición por fuera de los límites del 5 o 15%. No obstante, errores en la redacción de los Protocolos de algunos CDI no han permitido lograr ese cometido.

### 3.2. PARTICIPACIONES SOCIALES

El artículo 10.3 señala que la fuente de la renta son las participaciones sociales definidas formalmente en su primera parte, de forma amplia en la segunda y, por remisión en su tercera. La relación entre las tres partes es un asunto que está lejos de ser claro, pues mientras la mayoría de la doctrina, encabezada por VOGEL<sup>112</sup>, sostiene que existe un significado intrínseco en las tres partes, es evidente que en la búsqueda del mismo los autores trasladan criterios distintivos del endeudamiento y los fondos propios que la legislación interna prevé. Debe resaltarse que estos no son uniformes para todas las normas jurídicas de un mismo ordenamiento (legislación fiscal, societaria y contable), y tampoco son uniformes a nivel internacional, en particular porque en cada caso pueden adoptarse análisis meramente formales o sustanciales del activo, y en este último caso dar más o menos peso a los derechos políticos, económicos sobre los beneficios o económicos sobre la cuota de liquidación<sup>113</sup>. En consecuencia, debe aceptarse que existen tres partes diferenciadas de la definición que utilizan tres aproximaciones distintas para describir el activo del cual proviene un rendimiento. Económicamente el rendimiento debiera ser la distribución de beneficios de la entidad distribuidora y los negociadores deben evaluar en cada caso que eso sea así, considerando en particular los significados que podrían adquirir en cada legislación los derechos caracterizados en cada parte. Porque además, las dos condiciones generales de la segunda parte de la definición, participar en beneficios y no ser un derecho de crédito, no se refieren a los activos de la primera parte como lo defiende PIJL<sup>114</sup>, sino que por el contrario

<sup>111</sup> Sudáfrica, High Court Volkswagen of South Africa (Pty) Ltd v. The Commissioner for the South African Revenue Service, 70 SATC 195, 21 April 2008. Un análisis de la sentencia en HATTINGH (2009): pág. 442 y ss.

<sup>112</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafos 185, 188 189; adoptada con matices por: EBERHARTINGER y SIX (2009): pág. 9; HELMINEN (2010): pág. 175; BÄRSCH (2014): pág. 435.

<sup>113</sup> Ello se concluye en un importante análisis de los sistemas de Australia, Alemania, Italia y Países Bajos. BÄRSCH (2012): pág. 322. Por otro lado, un estudio del Instituto *Max Planck* liderado por SCHÖN analizó los sistemas tributarios internos de Austria, Alemania, Francia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos concluyendo que las calificaciones mercantil de capital social o del *ranking* del instrumento en los procedimientos de insolvencia, no deberían ser relevantes a efectos tributarios desde un punto de vista teórico, pero de hecho lo son en los países estudiados. SCHÖN *et al.* (2009): págs. 95-99. Por su parte las NIC o las regulaciones financieras o bancarias juegan un papel menor.

<sup>114</sup> PIJL (2011): pág. 493 y ss. En igual sentido al autor neerlandés BÄRSCH (2014): págs. 434-435.

pretende caracterizar a los «otros derechos» de la segunda. La historia de los trabajos WP12 demuestran esta conclusión.

La primera parte de la definición enumera varios derechos que podrían ser entendidos según su estricto significado mercantil en el Estado de la residencia de la entidad o también atendiendo a una categoría creada a partir de las características mercantiles y fiscales comunes a todos los activos enumerados. No obstante, es difícil extraer esas características, puesto que:

1. Las acciones pueden ser entendidas en inglés como participaciones en sociedades de capital, mientras que en español y francés como participaciones en sociedades anónimas y comanditas por acciones<sup>115</sup>; además, dado que existen diferentes líneas divisorias entre el endeudamiento y los fondos propios, los tipos de acciones pueden estar sometidos a reglas societarias, contables o fiscales distintas. Piénsese en las acciones rescatables, preferenciales y sin derecho a voto, que podrán tener el régimen contable y/o fiscal del pasivo. Y es que en la búsqueda de ese significado común, la doctrina ha aceptado como principal característica la participación en las pérdidas o ganancias en la cuota de liquidación<sup>116</sup>. En nuestra opinión esto se antoja arbitrario, pues existen privilegios en las acciones que operan como límites mínimos (*floor*) y máximos (*caps*) y que no por ese mero hecho dejan de generar rendimientos que soportan una imposición subyacente ni dejan de ser «acciones». Además, bajo el criterio de la participación en la cuota de liquidación las acciones con tales privilegios no calificarían como intereses ni como dividendos, pero posiblemente como beneficios empresariales u otras rentas, previniendo al Estado de la fuente de gravar. Ese resultado es cuanto menos cuestionable desde el punto de vista de la neutralidad y justicia en el reparto. Incluso, no queda claro qué ocurriría si se participa en las variaciones positivas de la cuota de liquidación y no en las negativas, o viceversa, ni si lo que interesa es la contingencia sobre el derecho a esa cuota, o respecto del monto de la cuota misma. Eso se aprecia en la problemática calificación que tienen las acciones rescatables, puesto que existe una participación en el riesgo representado en la cuota de liquidación, pero solo hasta cuando se amorticen y, en todo caso, dependiendo de si la opción de canjear la acción la tiene el accionista o la entidad. Algunos autores suman a la participación en la cuota de liquidación el criterio de la participación en los beneficios, desconociendo que cada uno puede permitir llegar a calificaciones distintas, sobre todo ante instrumentos financieros híbridos. Es más, la propia participación en beneficios puede ser entendida como una contingencia sobre el derecho a recibir el pago, o una contingencia

<sup>115</sup> Nótense las diferencias entre las versiones en inglés, francés y español de los Comentarios al artículo 10, la primera se refiere al capital en una *corporation*, o en una *joint stock Company*. La versión francesa habla de sociedad anónima y la explica en paréntesis como sociedad de capital.

<sup>116</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 192, pág. 653; HELMINEN (2010): pág. 204.

sobre el monto del mismo, disyuntiva que la doctrina no resuelve y daría lugar a respuestas distintas respecto de las acciones con dividendo fijo, por ejemplo. En últimas, defender un significado intrínseco lleva a la inseguridad jurídica.

2. Las «acciones de disfrute», los «bonos de disfrute» en la versión francesa y española, o los «derechos de disfrute» –*jouissance rights*– si se sigue la redacción inglesa, cobran diversos significados en la doctrina y la jurisprudencia. De un lado, es evidente que la traducción española requiere un título valor, el bono, mientras que la inglesa tiene un significado especialmente amplio. Al tiempo, la acción es un título valor, pero con la característica de que es una representación del capital social, a diferencia del bono. Así que es difícil sostener que estas palabras pretenden designar una misma propiedad. Su inclusión en los CDI es cuestionable cuando los derechos internos no prevén estos dentro del catálogo del derecho societario, puesto que se ha comprobado que los autores pueden entenderlos como: a) un derecho de disfrute en un sentido civilista de recibir los frutos naturales o civiles de una cosa (p. ej. el usufructo)<sup>117</sup>; b) un activo que da derecho a participar en beneficios, pero con participación política restringida (p. ej. acciones sin derecho a voto)<sup>118</sup>; c) un título con las características recién mencionadas, pero cuyo origen se encuentra en una reducción de capital. Este significado tiene un importante soporte histórico<sup>119</sup>; d) cualquier tipo de derechos que den lugar a participar de los beneficios o las ganancias sociales que no puedan ser calificados como otra renta<sup>120</sup>. Estos cuatro

<sup>117</sup> El *International Tax Group* admite que en Francia existen derechos de disfrute, aunque no las acciones de disfrute. Es curioso que al explicar los tipos de derechos de disfrute en ese país, se entienda que pueden ser «derechos reales sobre las acciones, como en el caso del usufructo, o derechos contractuales. El propietario del usufructo tiene por lo general derechos de voto». AVERY JONES *et al.* (2009): Nota al pie 82, pág. 17. Se refiere al artículo L225-110 *Code de Commerce*.

<sup>118</sup> VOGEL (1997): artículo 10. párrafo 193, pág. 652. En el trabajo de AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 17 y ss. se afirma que en Bélgica existen los denominados «Winstbewijzen» o «parts bénéficiaires» y se cita sin mucha explicación el artículo 483 del Código de Sociedades (*Code des Societes*). Esta norma se refiere a unos valores que no representan el capital pero que pueden ser emitidos por las sociedades anónimas (art. 460). Bélgica, artículo 483 *Code des Societes*. Respecto de Italia se cita el artículo 2.351 del *Codice Civile* que se refiere al derecho de voto de las acciones, según el cual los titulares de las acciones privilegiadas pueden votar si así lo prevén los estatutos. Esa misma norma señala que los titulares de las acciones con limitaciones de voto no deben exceder de la mitad del capital social. Según se infiere, los autores entienden en este punto que los bonos o acciones de disfrute son participaciones sociales sin derecho a voto. En Suiza, se asume que los *jouissance rights* o *shares* son los mismos *bons de jouissance/Gemusschein*, mientras que en Países Bajos se asume que son comparables con los *winstbewijzen* que son certificados de participación en beneficios.

<sup>119</sup> En esa línea el Código de Sociedades belga (art. 615) y el Código de Comercio francés (arts. 1.225-198) al usar «acciones de jouissance», que se asemeja al de «bonos de disfrute» usado por la Ley de Sociedades de Capital (arts. 260 y 341) española, antiguamente regulados en el artículo 48.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. El TEAC en Resolución del 11 de junio de 2004 [R. G. 4008/2001 (NFJ017986)] determinó que los rendimientos de los bonos de disfrute son considerados participaciones en fondos propios de entidades y deben diferenciarse de la entrega del bono que podría estar gravada como ganancias de capital. Además, véase OECD, CFA/WPI(73)2.

<sup>120</sup> LUCAS (2000): pág. 217.

significados dan cuenta de su carácter polisémico y su condición de puerta giratoria en la pretendida muralla delimitadora entre dividendos e intereses. Finalmente, cabe advertir de que el significado intrínseco propuesto por VOGEL para toda la definición y que restringiría los vocablos que venimos comentando<sup>121</sup> tienen sentido en la legislación y convenios alemanes (aunque existen sentencias contrarias a tal conclusión en ese país)<sup>122</sup>. Fuera de esa jurisdicción su aplicación es discutible.

3. Las participaciones mineras son descritas en inglés como «shares», lo que da cuenta de que en inglés se usa esa palabra de forma más amplia que el término «acciones», conclusión que podría impactar la interpretación del primer activo enunciado por el artículo 10.3 del Modelo. En todo caso, las participaciones mineras pueden tener significados especiales en las legislaciones internas, y así dar lugar a la discusión de si los rendimientos en sociedades mineras transparentes son dividendos o no. En nuestra opinión debe existir una entidad distribuidora previamente a la calificación de la participación, pero en todo caso parece importante excluir este activo cuando la entidad sea transparente para evitar discusiones<sup>123</sup>. Las partes de fundador también se suelen excluir en los CDI, y ello tiene sentido cuando según el derecho interno bien se consideran acciones o participaciones sociales, y se les asigna el régimen fiscal de las acciones, pero también cuando no tienen el régimen fiscal de las acciones. Por esto último es cuestionable que España incluya los rendimientos de las partes de fundador en la definición de dividendos de los CDI, cuando en su derecho interno estos se gravan como rendimientos del trabajo<sup>124</sup>. De cualquier forma, su propósito claramente fue incluir a los intereses en los beneficios que derivan del contrato social y por la prestación de servicios a la entidad durante su fundación o promoción. Los trabajos del WP1 de la OCDE en 1973 contradicen directamente la postura de VOGEL del significado intrínseco, al admitir que las partes de fundador por lo general no dan derecho sobre la cuota de liquidación y, sin embargo, generan dividendos a efectos del artículo 10 del Modelo<sup>125</sup>.

La segunda parte de la definición comprende unas características generales que resultan más apropiadas desde un punto de vista de técnica legislativa del Tratado. La caracterización a partir de que no sean derechos de crédito es relevante, pues este significado es bastante preciso en la medida

<sup>121</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 193, pág. 652; En la misma línea HELMINEN (2010): págs. 187-190.

<sup>122</sup> Alemania, FG KÖLN – Finance Court Cologne (*Finanzgericht Köln*), 11 de diciembre de 2003, 2 K 7201/00, EFG 2005, pág. 541. Así en AVERY JONES *et al.* (2009): nota al pie 86, pág. 17. En contra, esto es, siguiendo la posición de VOGEL (1997) Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD. Alemania, *Finanzgericht Nordrhein-Westfalen* (Köln), Sentencia de 29 de abril de 1999, caso 2 K 3998/95. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>123</sup> En una línea similar VOGEL (1997): pág. 654, párrafo 196.

<sup>124</sup> Artículo 16.2 lit. g) de la LIRPF.

<sup>125</sup> OECD, CFA/WP1(73)2; *vid.* PILL (2011): pág. 492.

en que se requiere de un derecho contractual que obliga a un deudor, frente al acreedor, al pago de un principal por un principal o valor nominal, y sin que el propio contrato prevea una contingencia sobre la reducción del monto de tal reembolso<sup>126</sup>. Eso permite observar que la segunda parte de la definición de dividendos no puede incluir a aquellos rendimientos de activos que compartan los riesgos empresariales, entendidos estos según el criterio del riesgo propuesto por los Comentarios de la OCDE, si la obligación de repago de monto del principal se prevé contractualmente. En esa misma línea, la definición de intereses del artículo 11 (que se construye a partir de los rendimientos de los derechos de crédito) no podría excluir los rendimientos de tales activos. Ello lleva entonces a que no se pueda calificar como intereses los rendimientos de cuentas en participación cuando el riesgo del oculto se extienda a las participaciones en pérdidas, aunque sí puedan ser considerados dividendos dentro de la segunda parte de la definición<sup>127</sup>. En esa misma línea, los préstamos perpetuos o a largo plazo<sup>128</sup>, o los que generen intereses recalificados como dividendos en virtud de normas de subcapitalización, no encuadran dentro de los activos enunciados en la segunda parte del artículo 10.3 del Modelo.

La tercera parte de la definición contiene una remisión dinámica al derecho interno, que en todo caso ha de respetar la –amplia– exigencia de buena fe del artículo 31 de la CVDT. Bajo el MCOCDE la remisión requiere que sea un rendimiento: a) de participaciones sociales; b) sujeto al mismo régimen fiscal que las acciones. Las remisiones amplias y amplísimas cambian el primer requisito como se ha dicho, y eso se explica porque la expresión participaciones sociales puede ser entendida: i) *sensu stricto* como los activos que tienen las características ordinarias de un socio en una sociedad, dentro del cual cabría el significado intrínseco de VOGEL<sup>129</sup> o el criterio del riesgo de los CMOCDE<sup>130</sup>; ii) *lato sensu*, como una relación financiera tratada por el derecho interno como tal o incluso como cualquier relación en la cual la contraparte es una entidad distribuidora de dividendos, como defiende PIJL<sup>131</sup>. El segundo requisito, la comparabilidad, demuestra el interés que ha tenido la OEEC y OCDE por garantizar el régimen fiscal de los dividendos previsto en los CDI a las rentas que tengan el régimen fiscal de los dividendos en el nivel interno, caracterizado este por ser un mismo objeto imponible gravado en dos sujetos distintos. Por consiguiente, ese tipo de rentas sería el significado, y el significante todo el artículo 10.3. La primacía de la interpretación autónoma convencional de las «participaciones sociales» y, de la primera y segunda parte del citado párrafo tercero del artículo 10 sobre la remisión, solo puede llevar a una disociación entre significante y significado que potencia el *debt-equity conundrum*<sup>132</sup>. A lo anterior se suma el hecho que si bien bajo

<sup>126</sup> PIJL (2011): pág. 494. En igual sentido: BROWN (2012): pág. 34.

<sup>127</sup> VOGEL (1997): n.º 229, artículo 10 y n.º 61, artículo 11.

<sup>128</sup> En contra: BUNDGAARD y DYPPEL (2010): pág. 662.

<sup>129</sup> VOGEL (1997): párrafo 188, artículo 10.

<sup>130</sup> OECD (1987a): párrafo 56.

<sup>131</sup> PIJL (2011): pág. 484.

<sup>132</sup> Como ocurre por ejemplo en: República Checa, Sentencia de la Corte Suprema Administrativa, 10 de febrero de 2005, caso: *AAA v. Financial Directorate*, 8 ITLR, 178 *et seq.*



la redacción de la remisión del artículo 10.3 del borrador de 1963 es posible acudir directamente a las normas definitorias de los rendimientos de la participación en los fondos propios de entidades, a los presupuestos de hecho sustitutivos y demás preceptos de remisión a la categoría de renta interna; la remisión al régimen fiscal de las acciones incorporada en 1977 supone evaluar un número muy amplio de factores (tipo, base imponible, aspecto temporal, aspecto espacial) que son difíciles de determinar, ya que existen regímenes fiscales para los dividendos internos, para los *outbound*, para los pagados a personas físicas o a personas naturales, por participaciones de portafolio o sustanciales, etc. El criterio de la deducibilidad del pago en la entidad distribuidora parece alejarse del tenor literal que menciona, por el contrario, al régimen fiscal de las acciones no de los beneficios de los que proceden. En todo caso, la ratio detrás de la definición de dividendos aconsejaría analizar la renta como un solo objeto imponible y por ello considerar la deducibilidad.

En nuestra opinión, las relaciones entre los artículos de dividendos e intereses vienen definidas por la idea de que los derechos de crédito no pueden comprenderse en la segunda parte, pero sí en la tercera cuando se asume un concepto de participaciones sociales amplio. Sin embargo, los CMOCDE son particularmente confusos a este respecto, pues pretenden justificar un significado autónomo convencional de participaciones sociales a partir del criterio del riesgo<sup>133</sup>, sin señalar respecto de qué parte de la definición del artículo 10.3 aplica. Inferimos que su único fundamento normativo podría ser la tercera parte y que, en todo caso, se causaría una antinomia con el artículo 11.3, puesto que los «derechos de crédito» entendidos desde la perspectiva descrita arriba generarían siempre intereses, pero cuando participen en el riesgo según el criterio sustancial del artículo 10.3 en su tercera parte, también dividendos. Esa antinomia se soluciona dando preferencia a esta última calificación. Algunos CDI acertadamente incluyen una regla de desempate que soluciona expresamente la cuestión. La posición que planteamos no es unánime, ya que el significado amplio de participaciones sociales no es admitido por los CMOCDE que de hecho asumen el criterio del riesgo para distinguir entre los rendimientos de los artículos 10 y 11. El riesgo se mide a partir de un análisis multifactorial que puede ser contradictorio en sus resultados, pues algunos factores dan prevalencia al criterio de la remuneración, otros al de devolución del capital, visto desde un punto de vista del instrumento, mientras que otros atienden a la posibilidad económica de obtener tal devolución bajo el análisis de una situación de subcapitalización<sup>134</sup>. La doctrina ha querido justificar un criterio único de distinción, pero los autores varían su opinión sobre cuál sería dicho factor determinante. Para algunos únicamente interesa la participación en las plusvalías e incrementos de valor de los activos de la sociedad<sup>135</sup> y, para otros, a eso ha de agregarse una participación en las pérdidas, lo que se representa fundamentalmente en la subordinación<sup>136</sup>. Estos criterios son borrosos para delimitar las categorías de deuda

<sup>133</sup> Vid. párrafo 19 artículo 11 y párrafo 25 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>134</sup> Vid. párrafo 25 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>135</sup> Criterio distintivo de las participaciones sociales según LANG (1991): pág. 125 [citado por BUNDGAARD y DYPPEL (2010): pág. 658].

<sup>136</sup> Citado por BÄRSCH (2014): pág. 436; ROTONDARO (2000): pág. 265; EBERHARTINGER y SIX (2009): pág. 9; HELMINEN (2010): págs. 183-184, 197-198, 193-195.



y capital ante instrumentos híbridos, y en buena medida carecen de lógica desde de la perspectiva fiscal<sup>137</sup>. Es más, la existencia de CDI que contienen remisiones al derecho interno del Estado de la fuente en la definición de intereses potencia la posibilidad de conflictos de calificación.

El caso de los JSCP brasileros es ilustrativo de los problemas que se describen en este párrafo, puesto que si bien bajo la redacción del MCOCD 2014 es posible entender que esos rendimientos se calificarían como dividendos, en la redacción del CDI entre España y Brasil la remisión al derecho interno en la definición de intereses obligaría a calificarlos como tal a efectos convencionales<sup>138</sup>, y en esa línea no garantizar el régimen de exención prevista por el propio Tratado para los dividendos, sin perjuicio de que bajo la norma interna española sí puedan ser declarados exentos. Si el criterio del riesgo se asume, el resultado sería conceder la exención prevista para los dividendos en el CDI, lo que puede ser un resultado contrario a una posible política de evitar la doble imposición. En conclusión, los resultados asimétricos causados por los híbridos financieros deben ser atacados a través de enfoques integrales.

Las distintas formas que los Estados adoptan para luchar contra la subcapitalización ponen en tensión la interpretación de la definición de dividendos de los CDI y la propia ratio de existencia de esa categoría. En esa línea se han destacado tres tipos de normas que impiden la deducibilidad de los intereses: la primera recalifica el instrumento financiero en patrimonio; la segunda solo recalifica la remuneración en dividendos, y la tercera únicamente prohíbe la deducibilidad. La clasificación de esa renta no deducible es discutible bajo los CDI<sup>139</sup>. De un lado, se discute si puede ser una participación social. Si se acepta el criterio del riesgo empresarial, habría que indicar que en los tres casos el instrumento es una participación social –en el sentido de la tercera parte de la definición– cuando se asumen los riesgos empresariales y sin importar la naturaleza mercantil o fiscal<sup>140</sup>. Al mismo resultado se llega cuando se acepta el significado amplio de participaciones sociales, en el sentido de toda relación asociativa o financiera. Sin embargo, algunos autores y cierta jurisprudencia admiten que solo las recalificaciones del primer tipo de normas –las que recalifican el instrumento financiero en patrimonio– se califican dentro del artículo 10, pues existe un cambio en la naturaleza del instrumento a efectos fiscales que se admite por el CDI. De todas formas, si prevalece el significado mercantil de participaciones sociales no se accederá a la recalificación<sup>141</sup>. La comparación del tratamiento tributario debe evaluarse con todos los factores que ya se han mencionado, y donde la no deducibilidad, en principio, no juega un papel relevante.

<sup>137</sup> A pesar de los esfuerzos de los autores por encontrar una lógica dentro del caos de la definición, muchos coinciden con la idea de que la definición del MCOCD 2014 puede generar conflictos de calificación. EBERHARTINGER y SIX (2009): pág. 10; HELMINEN (2010): págs. 183-184, 197-198, 193-195; BÄRSCH (2014): pág. 444.

<sup>138</sup> En contra: CALDERÓN (2012b) y España, SAN 712/2014, de 27 de febrero, recurso 232/2011 (NFJ053848).

<sup>139</sup> *Vid.* con la bibliografía ahí citada: CASTRO (2014): págs. 120-122.

<sup>140</sup> OECD (1987a): párrafo 56; párrafo 25 al artículo 10 del CMOCDE 2010; CALDERÓN (2012b): apdo. 4.

<sup>141</sup> En la República Checa la Sentencia del caso No. 2 Afs 42/2008-62, entre *LACRUM Velke Mezirici s.r.o. vs. Finanční reditelství v Bme* de la Suprema Corte Administrativa se analiza el CDI entre dicho Estado y Alemania de 1980 y se

En la práctica, el problema de las normas de subcapitalización se difumina entre la calificación del instrumento que es la fuente del rendimiento, esto es, la participación social, y la cuantificación de la capitalización adecuada. Así, al final lo relevante es fijar el monto de intereses no deducibles y/o sujetos al régimen fiscal de las acciones, ya que es un asunto que los CMOCDE proponen determinar simultáneamente a través del criterio del riesgo y del principio de plena competencia (*arm's length*), cuando es evidente que se puede llegar a resultados disímiles con cada uno y así causar inseguridad jurídica<sup>142</sup>. Bajo la tesis que hemos sostenido del amplio significado del término participaciones sociales, el problema de la cuantificación es irrelevante.

Finalmente, cuando el Estado de la fuente califica el rendimiento dentro del artículo 10, el párrafo 68 de los Comentarios al artículo 23 del Modelo pretende exigir ciertos requisitos para que la residencia se vea obligada a conceder el método de eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Informe de 1987 da a entender que esos requisitos solo aplican para los métodos internos o los convencionales que en su redacción se refieran a la categoría de renta sin indicación del artículo 10 del Tratado. De tal manera, esas restricciones no se predicán del texto del Modelo, ni de redacciones con mención del artículo 10.

Ahora bien, fuera de las normas de subcapitalización y limitación a la deducibilidad de intereses, existen propuestas teóricas, pocas veces transformadas en realidades normativas, que propugnan un cambio estructural a la asimetría del tratamiento fiscal del endeudamiento y los fondos propios, y en ese sentido impacta la ratio de la definición del artículo 10.3 del MCOEDE. Tales propuestas pueden clasificarse en dos grandes grupos según su impacto en la fiscalidad internacional: a) las que refuerzan la potestad impositiva de la fuente, en particular las que proponen: i) hacer no deducible las remuneraciones del endeudamiento<sup>143</sup>; y, ii) los que imponen una reten-

---

concluye que «los intereses reclasificados como dividendos bajo el derecho interno no entran dentro del ámbito del artículo 10 del tratado y de la definición del término «dividendos» incluida en el tratado». Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. En la misma línea el caso Czech Republic - Case 2Afs 108/2004-106, 10 de febrero de 2005. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. Vid. VAN WEEGHEL (2010): pág. 33. Sin embargo, en una reciente sentencia rusa se analiza el CDI con Estados Unidos y se concluye que las recharacterizaciones en virtud de las normas de subcapitalización no se ven afectadas por ese Tratado puesto que los artículos 10 y 11 remiten al derecho interno del Estado en que tiene origen la renta. Rusia, Cassation Court of Arbitration of Moscow Region N A40-1164/11-99-7, 28 de febrero de 2012. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. El Modelo de Convenio 2010 de Rusia expresamente contiene una referencia a las recalificaciones en dividendos de los excesos de intereses según las normas de subcapitalización en la definición convencional de dividendos.

<sup>142</sup> En esa línea HELMINEN (2010): págs. 220-221; CASTRO (2014): pág. 123. Vid. párrafo 25, artículo 10 del CMOCDE. OECD (1987a) Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation No. 2 –Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen*. París: OECD: párrafos 48 y 49. En igual sentido el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 9 del MCOEDE. El artículo 9.1 del MCOEDE autoriza a los Estados a corregir la base imponible para ajustar las operaciones vinculadas siempre que se hagan de acuerdo con el principio de independencia. OECD (1987a) Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation No. 2 –Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen*. París: OECD: párrafos 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 al artículo 9 del MCOEDE.

<sup>143</sup> La propuesta supone una ampliación de la base imponible del impuesto sobre sociedades. Vid. SCHÖN (2012): pág. 490.

ción en la fuente para intereses de deudas económicamente similares a los instrumentos de capital, que equivale a la carga fiscal de los dividendos propiamente y de los beneficios de los cuales derivan<sup>144</sup>. Estas soluciones pueden causar problemas respecto de los CDI. Por ejemplo, los rendimientos que resultan no deducibles podrían entenderse como «participaciones sociales» en un sentido amplio y con un régimen fiscal semejante al de las acciones<sup>145</sup>. Así mismo, en la solución ii) se tendrían que delimitar los instrumentos económicamente similares y renegociar los CDI para admitir una imposición mayor de los intereses<sup>146</sup>; b) las que refuerzan el gravamen en el Estado de la residencia. Dentro de estas se incluye la admisión de la deducibilidad de los dividendos en la entidad distribuidora<sup>147</sup>, reduciendo así el gravamen en el Estado de la fuente y aumentando el de la residencia, siempre que esta última jurisdicción no otorgue el crédito fiscal indirecto o la exención. La deducción de dividendos puede causar conflictos de calificación bajo los CDI<sup>148</sup>.

### 3.3. LA RELACIÓN ENTRE LA FUENTE Y LOS RENDIMIENTOS

El artículo 10.3 del MCOCDE exige una relación entre la fuente –las participaciones en las entidades distribuidoras– y los rendimientos. Esa relación encuentra soporte legal en la preposición «de» de la definición, pero más allá de eso es un asunto no definido por el Tratado, de forma que el derecho interno de los Estados contratantes no resulta limitado. Por consiguiente, no hay soporte normativo para la afirmación hecha por la doctrina mayoritaria, en voz de VOGEL<sup>149</sup>, HELMINEN<sup>150</sup> o HATTING<sup>151</sup> de que el Modelo señala una relación socio-sociedad como causa del rendimiento. Como se vio, los derechos internos tributarios pueden asumir visiones estrictas o amplias de la *societatis causa* que podrían dar lugar a conflictos de atribución<sup>152</sup>. Sin embargo, los mismos no son un problema directamente relacionado con la definición de dividendos, que exige un nexo entre la renta y la participación social que puede ser determinado por las legislaciones internas de los Estados con-

<sup>144</sup> SCHÖN (2012): pág. 501.

<sup>145</sup> *Vid.* con las referencias ahí citadas: CASTRO (2014): págs. 114-119.

<sup>146</sup> Lo destaca: SCHÖN (2012): pág. 499 y ss. *Vid.* MCEUA 2006 artículo 11.2 lit. De forma similar el protocolo No. 1 del Modelo alemán de 2013. BÄRSCH (2014): pág. 441.

<sup>147</sup> Dentro de los sistemas de *ACE* se destaca el interés ficticio (*notional interest*) que permite la deducibilidad de los dividendos pagados a los accionistas o socios hasta un monto máximo ficticio o estimado de la base imponible de la sociedad distribuidora. Por ejemplo, se permite una deducción igual a la tasa de interés de un bono de deuda sin riesgo. SCHÖN (2012): págs. 501-502.

<sup>148</sup> A diferencia de los montos nomenclales de capital deducible que no se ligan a cada participación. Cuando existe esa ligazón pueden surgir problemas. SAN 712/2014, de 27 de febrero, recurso 232/2011 (NFJ053848); CALDERÓN (2012b): apdo. 1 y ss.

<sup>149</sup> VOGEL (1997): párrafo 188.

<sup>150</sup> HELMINEN (2010): pág. 91 y ss.

<sup>151</sup> HATTING (2009): pág. 518.

<sup>152</sup> HELMINEN (2010): pág. 57.

tratantes dentro de un margen muy amplio. Según el artículo 10.3, junto con el artículo 3 (apdos. 1 y 2) del Modelo, en caso de que las legislaciones internas al determinar ese nexo supongan un *conflicto de calificación de la renta*, se ha de dar prevalencia al nexo que prevea la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Por ello, los CMOCDE más que ser contradictorios al referirse a los dividendos alternativamente como distribuciones de beneficios o rentas participaciones<sup>153</sup>, simplemente reconocen que los Estados pueden dar más importancia a la capacidad contributiva de la entidad o de los socios para fijar ese nexo. De ahí que el Tratado no restrinja las medidas que buscan evitar el fraude de las distribuciones ocultas de beneficios que afecten a la imposición de la entidad distribuidora, cuando el mismo se justifica como una atribución de la renta de las participaciones sociales a un sujeto que no es el socio según una estricta perspectiva mercantil.

La renta/rendimiento es un elemento requerido por el nexo del que habla la definición de dividendos del CDI. Los CDI no la definen pero las legislaciones fiscales sí lo hacen, adoptando además distintos sistemas que pueden o no diferenciar entre las rentas de las participaciones en entidades y las ganancias patrimoniales derivadas de las mismas<sup>154</sup>. Esa distinción en la legislación interna genera oportunidades de arbitraje que, por lo general, llevan a que se prefiera realizar una ganancia de capital que obtener dividendos. Los CDI acentúan esas diferencias al gravar exclusivamente en la residencia a las primeras (art. 13.5 MCOCDE) y limitadamente en la fuente a las segundas, rompiendo así la simetría que pretende el Modelo entre renta, ganancia y patrimonio<sup>155</sup>. De ahí que el Estado de la fuente puede considerar que las ganancias por la enajenación de las participaciones sociales son dividendos. Esa calificación estaría acorde con los CDI, y obligaría a la residencia a no oponer su derecho interno y a seguir a la legislación de la fuente, toda vez que se cumpla con los requisitos de la tercera parte del artículo 10.3 del Modelo. Así, el artículo 10 puede comprender a las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales que calificarían en el artículo 13.5 del Modelo, siempre que se trate de beneficios acumulados y que la legislación del Estado de la fuente así lo determine<sup>156</sup>. Existe por tanto una regla de prioridad del artículo 10. Ello implica que el término «renta/rendimiento» usado en el CDI no puede ser el fundamento para alegar la teoría del fruto y el árbol, y justificar que el artículo de dividendos solo comprende a las rentas que no consumen su fuente<sup>157</sup>, puesto que tal palabra se califica por las legislaciones de cada Estado, bajo la distinción entre ganancias de capital y rendimientos que a bien tengan, pudiendo incluir a las rentas ficticias, los pagos en especie o las distribuciones encubiertas de beneficios. Sin embargo, los CDI para evitar las posibles interpretaciones restrictivas reemplazan la palabra «renta» por «ingresos», «elementos», «ítems» o «montos»<sup>158</sup>. La pa-

<sup>153</sup> Párrafos 1 y 24 artículo 10 del CMOCDE. *Vid.* HATTINGH (2009): pág. 518.

<sup>154</sup> OECD 1988: pág. 121; párrafos 1-4 artículo 13 del CMOCDE.

<sup>155</sup> Sobre el particular *vid.* VAN WEEGUEL (1998): págs. 141-142.

<sup>156</sup> Párrafo 28 artículo 10 y párrafo 31 artículo 13 del CMOCDE.

<sup>157</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 9a.

<sup>158</sup> VOGEL (1997): párrafo 186 artículo 10; CDI España-Reino Unido 2014; HATTINGH (2009): pág. 518.

labra «renta/rendimiento», en todo caso, ha de interpretarse en concordancia con los impuestos comprendidos por el CDI (art. 2 MCODE) y por ello de acuerdo con la *lex fori*, de forma que el Estado de la residencia puede comprender como «renta» lo que no ha sido aún calificado como «renta» en el otro Estado, por ejemplo por no haberse dado una efectiva distribución.

Con todo lo anterior, la calificación de ganancias por la enajenación de las participaciones sociales en el artículo 10 debe ser estudiada respecto de las restricciones que las palabras «de» y «participaciones sociales» puedan imponer. Del mismo modo, solo de esas dos palabras podría derivar un nexo entre la participación (o la renta) y el sujeto que tiene derecho al CDI. Empero, a nuestro juicio, de esas dos palabras de la definición del artículo 10.3 del Modelo no es posible extraer ningún vínculo entre el rendimiento y las participaciones, distinto al requisito de que los activos o el patrimonio de la entidad se disminuyan. Por consiguiente, es ineludible concluir que la atribución del rendimiento no se ve restringida por la definición de dividendos del CDI, que comprenderá los pagos hechos al titular de acción o a un tercero por parte de la entidad distribuidora de dividendos, siempre que el Estado de la fuente los considere derivados de una *societatis causa*. Bajo esa hipótesis cabe analizar los siguientes supuestos:

Existen varias formas de transferir económicamente los beneficios de la entidad a los socios sin generar dividendos desde un punto de vista mercantil estricto. La más relevante es el pago a vinculados económicos de precios de transferencia por relaciones financieras o comerciales que exceden del principio de independencia (*arm's length*). La corrección de los beneficios de las partes en virtud de normas de valoración puede suponer simples devoluciones voluntarias (*set offs*), ajustes compensatorios permitidos por la legislación a los contribuyentes<sup>159</sup> o ajustes secundarios ordenados por la legislación. Cuando estos ajustes los realiza la entidad distribuidora a sus socios, las legislaciones pueden calificarlos como dividendos<sup>160</sup>. Si es el Estado de la fuente el que considera como dividendos esos rendimientos, la tercera parte de la definición del artículo 10.3 debería permitir esa calificación convencional<sup>161</sup> siempre que exista una *societatis causa* directa o indirecta, es decir, no importaría que la distribución se atribuya a una sociedad abuela o hermana del grupo, o a personas especialmente relacionadas con el socio<sup>162</sup>. De ahí que, si bien las legislaciones (como la francesa) pueden verse limitadas por el artículo 21 del MCOCDE cuando consideran como una distribución de beneficios cualquier exceso del precio de mercado, con independencia de si se pacta con una parte relacionada o no, parece razonable que el artículo 10 será aplicable cuando exista alguna relación entre el sujeto que detenta la participación y el que recibe el exceso del precio de mercado<sup>163</sup>. Ahora bien, si el ajuste secundario o la calificación del exceso de precios de transferencia con la matriz u otros vinculados lo realiza el Estado de re-

<sup>159</sup> OECD (2010b): pág. 4.72.

<sup>160</sup> HELMINEN (2010): pág. 152.

<sup>161</sup> En ese sentido el párrafo 28 de los Comentarios al artículo 10 del MCOCDE; HELMINEN (2010): pág. 160.

<sup>162</sup> *Vid.* OECD (2010b): párrafo 4.66.

<sup>163</sup> La línea jurisprudencial parece ser coherente en este punto *vid.* HATTINGH (2009): págs. 525 y ss.

sidencia de la matriz y lo califica como dividendo, la remisión del artículo 10.3 no aplicaría<sup>164</sup>. No creemos que el significado autónomo de la primera y segunda parte de ese precepto debiera servir para justificar que el nexo previsto por la legislación del Estado de la residencia del socio deba prevalecer sobre el nexo de la legislación del Estado de fuente. En este caso se presentaría un conflicto de calificación que, conforme a las formas de solución que hemos defendido, debiera ser resuelto con la prevalencia de esta última legislación (Cap. III, apdo. 3.3.1). Ahora bien, una segunda forma de transferir beneficios que resulta de interés es mediante el pago del dividendo en acciones. En estos casos existe un nexo entre el rendimiento y las participaciones sociales, y no hay duda de que tienen una *societatis causa*, aunque no hay claramente una disminución de los activos o del patrimonio de la sociedad, al menos si las participaciones son de nueva suscripción<sup>165</sup>.

En condiciones normales el valor de mercado de las participaciones sociales representa económicamente los beneficios no distribuidos y las reservas ocultas. De esta forma, la enajenación de la participación puede permitir al socio obtener el valor implícito de los dividendos. Dada las faltas de neutralidad en el tratamiento fiscal de los rendimientos de las participaciones sociales y las ganancias de capital derivadas de la enajenación de las mismas, existen esquemas de planificación fiscal que generan cuestiones respecto de la definición de dividendos, que se pueden agrupar en los lavados de dividendo y las liquidaciones.

Existen distintas formas de lavado de dividendo (*dividend stripping*). Son esquemas donde se pueden explotar las diferencias entre los rendimientos y las ganancias de capital, y entre los diferentes regímenes de dividendos que existen dependiendo de las condiciones subjetivas del receptor<sup>166</sup>. En ese sentido se busca que el receptor reúna las condiciones personales previstas para garantizar el régimen de los dividendos internos o del CDI más beneficioso. En nuestra opinión, la definición de dividendos del CDI no condiciona la atribución de los dividendos, ni la configuración del elemento subjetivo del hecho imponible previsto por las legislaciones internas, de modo que no impide calificar como dividendos la renta pagada por la entidad distribuidora al tenedor de un cupón de dividendos o usufructuario que no sea titular de la participación social de la que derivan los rendimientos, como tampoco restringe al Estado para considerar que el titular de la participación es quien obtiene los rendimientos<sup>167</sup>. Por el contrario, la calificación de la renta que obtiene el titular de la participación por la enajenación del cupón no tiene como fuente directa la participación y puede ser cuestionable su encuadramiento en el artículo 10.3 del MCO-CDE<sup>168</sup>. En los casos de préstamos de valores, *swaps*, repos y otros negocios que impliquen que el titular inicial de la participación recibe del titular actual de la misma un pago sustitutivo de di-

<sup>164</sup> Alemania, Tribunal Fiscal de primera instancia (*Finanzgericht Baden-Württemberg*), Sentencia de 6 de octubre de 2005, 13 V 50/04. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). Cfr. HATTINGH (2009): pág. 527.

<sup>165</sup> HELMINEN (2010): págs. 141-142.

<sup>166</sup> Vid. VAN WEEGUEL (1998): págs. 141-149; HELMINEN (2010): págs. 91 y ss.

<sup>167</sup> A favor HELMINEN (2010): págs. 91 y ss.; en contra, VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 192.

<sup>168</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 9a; HELMINEN (2010): pág. 103.



videndos, la legislación interna podría calificar como dividendos a efectos de los CDI los pagos hechos por la entidad distribuidora considerando las condiciones subjetivas del titular actual o del titular inicial, sin desconocer el artículo 10.3 del Modelo. La posición defendida evita recaer en dudosos argumentos como aceptar los CMOCDE de 2003 sobre el abuso, justificar que el prestamista fue titular en algún momento de la participación o incluso admitir que el prestamista soporta realmente el riesgo empresarial. Con todo, el pago sustitutivo en sí mismo difícilmente puede calificarse como dividendos. Finalmente, en aquellos casos en que normas antiabuso recalifican en dividendos las ganancias por la enajenación de acciones, uno de los principales criterios para evaluar su conformidad con el artículo 10.3 del Modelo será la pérdida de activos o de patrimonio por parte de la entidad a favor del enajenante, como ocurrió en el caso *RMM Canadian Enterprises v. The Queen*<sup>169</sup>.

A través de liquidaciones parciales o totales del capital de la sociedad es posible repartir los beneficios de la entidad, ya que estos equivaldrán al resultado de restar al ingreso (cuota de liquidación o valor de la amortización de la participación) el costo histórico de la aportación. Esos rendimientos que afloran para el socio cuando la sociedad se liquida totalmente adquieren sus propias participaciones para tenerlas en autocartera o para amortizarlas, o cuando reduce el capital con devolución de aportaciones, habrá una pérdida de activos o una reducción del patrimonio, condición que hemos manifestado permite al Estado de la fuente calificar la ganancia como dividendos a efectos de los CDI<sup>170</sup>. En cualquier caso, existen posiciones en contrario que justifican adoptar una tercera parte de la definición de dividendos amplísima como la del MCEUA.

Finalmente, existen casos especiales donde la fuente de los dividendos es dudosamente la participación social y las conclusiones aquí establecidas deben ser matizadas. Por ejemplo, la enajenación de participaciones sociales en entidades inmobiliarias cuando resulta aplicable el artículo 13.4 del MCOCDE o reglas semejantes que se encuentran en la práctica española, se entiende que los artículos 10 y 13.5 deben ceder por ser generales. Por otro lado, las devoluciones de impuestos o instituciones similares de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio que supongan un flujo de dineros de la Administración tributaria a los socios, como por ejemplo el *Advance Corporate Tax* inglés o el *avoir fiscal* francés no tienen su fuente directa en la participación social, ni son pagados por una sociedad, por ello, es aconsejable incluirlos en la definición de dividendos expresamente.

<sup>169</sup> Canadá, Tax Court, Sentencia de 10 de abril de 1997, caso número: 94-1732(IT)G y 94-1753(IT)G entre *RMM Enterprises Inc. and Equilease Corporation vs. Her Majesty the Queen*. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). Véase la posición de HATTINGH (2009): pág. 520; ARNOLD y VAN WEEGUEL (2006): apdo. 5.4.3.

<sup>170</sup> Aceptando la calificación como dividendos a efectos de los CDI de las ganancias afloradas con la enajenación de las participaciones: RUST (2013): apdo. 5.3. las modificaciones a los párrafos 28 y 31 de los Comentarios a los artículos 10 y 13 del MCOCDE de 2014, respectivamente, dan soporte a la conclusión defendida en este trabajo al indicar que tanto los beneficios de la liquidación, como de la enajenación de participaciones a la propia entidad que las emite, pueden ser calificadas como dividendos a efectos convencionales si el Estado de la fuente las grava como rentas de las acciones.

## 4. CONCLUSIÓN

Con todo lo dicho, de *lege ferenda* es recomendable eliminar la remisión al derecho interno en el artículo de intereses; adoptar una definición de dividendos amplísima; excluir de la primera parte aquellos derechos que, entendidos desde el derecho privado, no tengan el régimen fiscal de las acciones; y, regular expresamente los supuestos más conflictivos que son los que hemos mencionado a lo largo de este trabajo. Pero, ¿deberían existir límites a esas remisiones amplísimas en la definición de dividendos? Si así fuera, ¿cuáles? Siguiendo los términos de LARENZ, en el derecho tributario internacional no existe un «sistema interno», puesto que a nivel internacional difícilmente puede afirmarse la existencia de principios que articulen a los ordenamientos jurídicos de todos los Estados contratantes. Estos últimos son sistemas internos, pero los puentes que entre los mismos se construyen con los CDI, en cuanto hace a las normas distributivas (art. 6-22 MCOUDE), solo tienen como finalidad repartir el poder de imposición y promover el intercambio económico. Por lo anterior, y dado que no existe una idea de capacidad contributiva a nivel internacional y por el contrario, diversas finalidades extrafiscales, la definición de dividendos en los CDI es un «concepto abstracto-general» con fines de subsumibilidad que, parafraseando a LARENZ, no es útil más que al «sistema interno» del Estado de la fuente, pues su grado de abstracción al nivel convencional lo hace vacío de contenido para el «sistema» internacional y para el «sistema» del Estado de residencia<sup>171</sup>.

---

## Bibliografía

- ALMUDÍ CID, J. M. [2010]: «El Régimen Antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional», SERRANO ANTON, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 4.ª edición. Madrid: Ediciones CEF, págs. 1.037-1.119.
- ALMUDÍ CID, J. M. [2005]: *El Régimen Jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- ARNOLD, B. J. y VAN WEEGHEL, S. [2006]: «The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures in Tax Treaties and domestic Law», *Tax Treaties and Domestic Law. EC and International Tax Law Series*, vol. 2. Ámsterdam: IBFD, págs. 81-214.
- AVERY JONES, J. *et al.* [1996]: «Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization», *European Taxation*, IBFD, (36) 4, págs. 118-146.
- [1999]: «Whether the Definition of Dividend Limited to the Dividend Article Applies to the Double Taxation Relief Article Granting Underlying Credit», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (53) 3, págs. 103-108.
  - [2009]: «The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation?», *World Tax Journal*, (1) 1, págs. 5-45.

---

<sup>171</sup> LARENZ (2010): págs. 465-482.



- BÄRSCH, S. [2012]: *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Heidelberg: Springer.
- [2014]: «The Definitions of Dividends and Interest Contained in the OECD Model, Actual Treaties, and the German Model», *Intertax*, (42), págs. 433-444.
- BROWN, P. [2012]: *General Report*. VV. AA. *Cahiers de Droit Fiscal International: The debt-equity conundrum*, 97B, Róterdam: IFA. págs. 15-44.
- BUNDGAARD, J. y DYPPEL, K. J. [2010]: «Profit-participating loans in international tax law», *Intertax*, 38/12, 643-662.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2012b]: «A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una Resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional», *Quincena Fiscal Aranzadi* (n.º 12/2012).
- CASTRO ARANGO, J. M. [2014]: «Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1 h) del TRLIS», *RCyT*, 376, Madrid: CEF.
- DE BROE, L. *et al.* [2011]: «Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions», *Bulletin for International Taxation* (julio), págs. 375-389.
- DE BROE, L. y DE LA SERNA, M [2005]: «Sociétés civiles transparentes françaises et la territorialité du droit fiscal belge», *Revue générale de fiscalité* (36) 2, 15 *et seq.*
- EBERHARTINGER, E. y SIX, M. [2009]: «Taxation of Cross-Border Hybrid Finance: a Legal Analysis», *Intertax*, (37) 1, págs. 4-18.
- HARRIS, P. [1996]: *Corporate/Shareholder Income Taxation: a comparison of imputation systems*, Ámsterdam: IBFD.
- [2014]: *Article 10: Dividends. Global Tax Treaty Commentaries*, Ámsterdam: IBFD.
- HATTINGH, J. [2009]: «South Africa: The Volkswagen Case and the Secondary Tax on Companies: Part 2 – The Effect on the Taxation of Dividends with Emphasis on Deemed (Constructive) Dividends», *Bulletin for International Taxation* (noviembre), págs. 508-533.
- HELMINEN, M. [2010]: *The International Tax Law Concept of Dividend*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International BV.
- LANG, M. [2000]: *The Application of the OECD Model Tax Convention To Partnerships. A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Viena: Linde.
- [2005]: *The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital. The Notion of Income from Capital. EATLP International Tax Series*, vol. I, Ámsterdam: IBFD.
  - [2010]: *Introduction To The Law of Double Taxation Conventions*, Ámsterdam: IBFD-Linde.
- LANG, M. y STARINGER, C. [2014]: *General Report. Cahiers de Droit Fiscal International: Qualification of taxable entities and treaty protection*, vol. 99b. Róterdam: IFA, págs. 19- 82.
- LARENZ, K. [2010]: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª imp., Barcelona: Ariel Derecho.
- LUCAS DURÁN, M. [2000]: *La tributación de los dividendos internacionales*, Valladolid: Lex Nova.
- MARTÍN, J. A. [2004]: «The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effects of the OECD Commentaries?», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (58) 1, IBFD, págs. 17-30.

- PIJL, H. [2011]: «Interest from Hybrid Debts in Tax Treaties», *Bulletin for International Taxation* (septiembre), págs. 482-502.
- ROTONDARO, C. [2000]: «The Right to Redemption as a Key Characterization Factor in the OECD Model Convention Passive Income Taxation System – The Case of Reverse Convertibles», *Derivatives & Financial Instruments* (septiembre/octubre), págs. 258-271.
- RUST, A. [2013]: «Capital Gains and Qualification Conflicts under Article 23 OECD Model», *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, Ámsterdam: IBFD. Online books.
- [2004]: «National Report Germany», LANG, M. *et al.* (eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, The Hague: EUCOTAX – Kluwer Law International.
- SCHÖN, W. [2010]: «International Tax Coordination for a Second-Best World (Part. II)», *World Tax Journal* (febrero), 65-94.
- [2012]: *The Distinct Equity of the Debt-Equity Distinction. Bulletin for International Taxation* (septiembre), 490-502.
- SCHÖN, W. *et al.* [2009]: «Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View», *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, n.º 09.
- VAN WEEGHEL, S. [1998]: *Improper Use of Tax Treaties*, Londres: Kluwer Law International.
- [2010]: *General Report. Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, vol. 95A, Róterdam: IFA.
- VOGEL, K. [1997]: *On Double Taxations Conventions*, Tercera Edición. Denveter: Kluwer Law International.
- VOGEL, K. y PROKISCH, R. [1993]: *General Report*, VV. AA., *Cahiers de Droit Fiscal: Interpretation of Double Taxation Conventions*, 78A, Róterdam: IFA.
- ZORNOZA, J. y BÁEZ, A. [2010]: «The 2003 revisions to the commentary to the OECD model on tax treaties and GAARs: a mistaken starting point», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1. Obtenida el 3 de marzo de 2011, de: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/984>