

# REORGANIZACIONES EMPRESARIALES Y CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

**DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID  
DE L'HOTELLERIE-FALLOIS**

*Profesor Titular Interino de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Beatriz VIANA MIGUEL, doña María José AGUILÓ GARCÍA, don Luis BRAVO CASADO, don Antonio CAYÓN GALLARDO, doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

**EL** presente trabajo examina las consecuencias fiscales transfronterizas que se derivan de la realización de determinadas operaciones de reorganización empresarial en el marco del modelo de convenio de doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Como consecuencia de la falta de previsiones específicas en el modelo y en los comentarios al mismo, las sociedades participantes en estas operaciones pueden sufrir supuestos de doble imposición económica derivadas de las disparidades en el momento en que se reconocen las ganancias patrimoniales generadas en estas operaciones por los distintos estados donde estas operaciones despliegan sus efectos. Con todo, la red mundial de convenios de doble imposición nos ofrece ejemplos de convenios en los que se han incluido cláusulas particulares con el objeto de solventar los problemas derivados de dichas disparidades, siendo analizadas las más relevantes en este trabajo. Sin embargo, la mayor parte de estas previsiones carecen de un diseño y desarrollo que permitan considerarlas como soluciones óptimas para resolver estas situaciones. En el trabajo, además, se analizan de modo particular las cláusulas de este tipo incluidas en los convenios suscritos por España y la cláusula contenida en el convenio de doble imposición suscrito por Estados Unidos y Canadá en 1980, la cual se propone como modelo para cláusulas futuras.

**Palabras clave:** fiscalidad internacional, convenios de doble imposición y reorganizaciones empresariales.

# CORPORATE REORGANIZATIONS AND TAX TREATIES

**DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID  
DE L'HOTELLERIE-FALLOIS**

*Profesor Titular Interino de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Beatriz VIANA MIGUEL, doña María José AGUILÓ GARCÍA, don Luis BRAVO CASADO, don Antonio CAYÓN GALLARDO, doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Abstract:**

**T**HIS article analyzes the cross-border tax consequences of certain corporate reorganizations within the framework of the model tax treaty drafted by the Organisation for Economic Co-operation and Development. As a result of the lack of specific provisions in the model and its accompanying commentaries, the participating companies may suffer from economic double taxation due to the mismatches in the timing of recognition of the gains derived in the course of these transactions by each of the states where the effects of these transactions are displayed. Nonetheless, the worldwide network of tax treaties offers some examples of treaties where specific reorganization clauses have been included in order to circumvent problems arising from these transactions, being analyzed in this article the most relevant of them. However, most of these clauses lack adequate design and development for them to be regarded as optimal solutions for the problems faced by reorganizations. In addition to this, the article focuses on the reorganization clauses included in the Spanish tax treaty network and in the reorganization clause included in the 1980 tax treaty between Canada and the United States which is put forward as a model for future clauses.

**Keywords:** international taxation, tax treaties and corporate reorganizations.

# Sumario

## I. Introducción.

## II. Los efectos transfronterizos de las operaciones de reorganización empresarial.

1. Hipótesis de partida.
2. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la fuente.
3. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la residencia.

## III. Las soluciones unilaterales a los supuestos de doble imposición económica internacional en las operaciones de reorganización empresarial y sus limitaciones desde la perspectiva de la neutralidad global.

## IV. Cláusulas de reorganización empresarial en la red de convenios de doble imposición

1. Introducción.
2. Cláusulas de reorganización empresarial en relación con ganancias derivadas de la enajenación de acciones de sociedades inmobiliarias.
3. Cláusulas de reorganización empresarial en el marco de la enajenación de participaciones sustanciales.
4. Cláusulas comprensivas.
5. Las cláusulas de reorganización empresarial incluidas en la red de convenios española.
6. La cláusula de reorganización del artículo XIII(8) del convenio entre Canadá y Estados Unidos.

## IV. Conclusiones.

## Bibliografía.

**NOTA:** Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2009-09413, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la relevancia que tiene en el ámbito tributario doméstico el diseño de los regímenes tributarios que afectan a las operaciones de reorganización empresarial y la importancia creciente de esas operaciones en entornos económicos cada vez más integrados, en el ámbito de la fiscalidad internacional, ilustrada por el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MCOCDE, en adelante)<sup>1</sup>, las implicaciones transfronterizas de estas operaciones no han sido objeto de estudio de modo exhaustivo a los efectos de establecer reglas homogéneas para su tratamiento tributario<sup>2</sup>. Esta falta de atención por parte del Comité de asuntos fiscales de la OCDE ha determinado que la realización de operaciones de reorganización empresarial que extiendan sus efectos a diversas jurisdicciones pueda convertirse en una fuente de problemas e ineficiencias para las empresas participantes en la forma de supuestos de sobreimposiciones y de asimetrías en el tratamiento material que reciben estas operaciones en los diversos estados en que se manifiestan dichos efectos como consecuencia de la interacción de regímenes de diferimiento impositivo con regímenes de imposición inmediata<sup>3</sup>.

Con todo, no puede dejar de advertirse que la ausencia de previsiones específicas en el MCOCDE o en sus comentarios puede ser fácilmente justificable en la medida en que, a pesar de la extensión a nivel comparado de los regímenes especiales para las operaciones de reorganización empresarial basados en el principio de neutralidad fiscal, difícilmente puede hablarse de un principio relativo al modo en que estas operaciones hayan de tributar aún en la esfera doméstica<sup>4</sup>. Ahora bien, sin perjuicio de lo

<sup>1</sup> Salvo mención en contrario, todas las referencias al MCOCDE y a sus comentarios deben entenderse realizadas a su última versión aprobada por el Consejo de la OCDE el 22 de julio de 2010.

<sup>2</sup> Como acertadamente señala STEVANATO (2002), págs. 360-362, la falta de regulación en el MCOCDE de las consecuencias fiscales transfronterizas de las operaciones de reorganización empresarial proviene de la falta de previsiones en la legislación mercantil o civil subyacente que permita la realización de operaciones de reorganización empresarial puramente transfronterizas, así como en la falta de unanimidad a nivel comparado en el régimen fiscal al que deben someterse estas operaciones. A este respecto, ha de señalarse que, si bien la mayor parte de los estados desarrollados y en desarrollo cuentan con regímenes fiscales basados en el diferimiento de las ganancias patrimoniales que se ponen de manifiesto al realizarse estas operaciones, esta solución no es común [véase, en este sentido, el ejemplo australiano en CHRISTIE y EKKEL (2009), §4.1], ni consistente en su aplicación [véanse así los regímenes internos francés y alemán, referidos, *inter alia*, en VILLEMOT (2006), pág. 71, en relación con el caso francés, y BOGENSCHUET (2006), págs. 471-472, y ENGLISH, J. (2007), pág. 341, en relación con el alemán].

<sup>3</sup> Cf. MAISTO (2002), págs. 357-359; ULMER (2001), pág. 100 y ss.

<sup>4</sup> En este sentido, *vid.*, VANISTENDAEL (1998), págs. 897-898.

anterior, la práctica de los distintos estados a la hora de negociar su red de convenios de doble imposición permite advertir ejemplos que demuestran la cooperación entre estados a la hora de incluir determinadas cláusulas en sus convenios de doble imposición que tratan de eliminar o atenuar los problemas derivados de la extensión de los efectos de las operaciones de reorganización empresarial a más de una jurisdicción.

El objeto principal del presente trabajo es el de analizar los principales obstáculos que se presentan en las operaciones de reorganización empresarial que despliegan sus efectos en diversos estados y las soluciones que se han incorporado en algunos convenios de doble imposición, haciendo una recapitulación de las cláusulas contenidas en la red de convenios de doble imposición suscritos por España. Finalmente, se completará el estudio con un análisis del supuesto de cooperación más desarrollado en este ámbito, plasmado en el artículo XIII(8) del convenio de doble imposición entre Estados Unidos y Canadá de 1980, y unas reflexiones acerca de la posibilidad de incorporar en el MCOUDE cláusulas específicas de reorganización empresarial.

## II. LOS EFECTOS TRANSFRONTERIZOS DE LAS OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

### 1. Hipótesis de partida

El fenómeno de la reorganización empresarial carece de límites definidos con claridad, debido a la diversidad de operaciones a través de las cuales las distintas sociedades pueden proceder a reordenar sus estructuras jurídica, financiera o patrimonial<sup>5</sup>. Como consecuencia de la diversidad de operaciones a través de las que se puede proceder a la reorganización empresarial y a los efectos de poner de relieve estos obstáculos, se analizará una situación concreta, basada en la fusión por absorción de dos sociedades residentes en el mismo estado, implicando esta operación la transmisión de diversos elementos patrimoniales en otro estado por parte de la sociedad absorbida. Esta situación se analizará prioritariamente desde la perspectiva del MCOUDE, aunque se harán las oportunas referencias a ciertas particularidades contenidas en el modelo de convenio de doble imposición elaborado por la Organización de las Naciones Unidas (MCONU, en adelante)<sup>6</sup>.

Debe notarse que la situación analizada no se encuentra dentro de los supuestos a los que se aplica la Directiva de fusiones<sup>7</sup>, pues el artículo 1 a) de la Directiva establece que las operaciones a las que

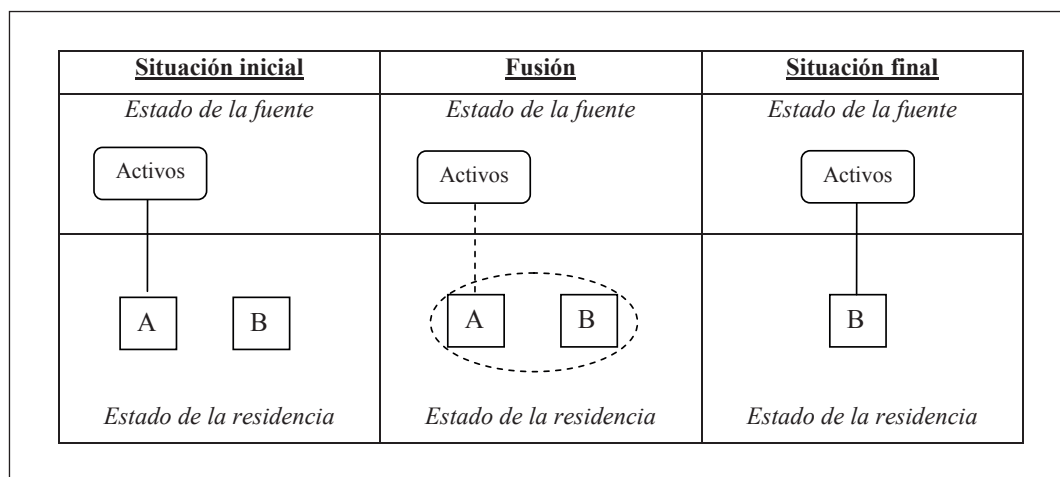
<sup>5</sup> Como ya señalaron los profesores GAMMIE y BALL, es imposible en la práctica hablar de un concepto unívoco de reorganización empresarial, ya que la alteración de la estructura financiera, económica o jurídica de una sociedad deberá atender a las características propias de la sociedad que vaya a reorganizarse, de modo que existirían tantas formas de reorganización como sociedades inscritas en el Registro Mercantil [GAMMIE y BALL (1982), pág. 1].

<sup>6</sup> Salvo mención en contrario, todas las referencias al MCONU y a sus comentarios deben entenderse realizadas a su última versión adoptada en 2011 y publicada el 15 de marzo de 2012.

<sup>7</sup> La versión consolidada de la Directiva de fusiones se encuentra regulada por la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aporta-

se les aplicará el régimen fiscal común son aquellas que afectan a sociedades de dos o más estados miembros<sup>8</sup>, quedando fuera tanto los supuestos en que intervienen sociedades residentes en terceros estados, como los supuestos en que intervengan sociedades residentes en el mismo estado miembro, aun cuando estas operaciones desplieguen sus efectos en otros estados miembros<sup>9</sup>, sin perjuicio de que la libertad de establecimiento obligue a extender los efectos del régimen previsto en la Directiva a estas últimas situaciones en determinados supuestos<sup>10</sup>. En cualquier caso, a los efectos de analizar la situación descrita, la fusión de sociedades residentes con implicaciones transfronterizas (*foreign-to-foreign merger*, en la terminología anglosajona)<sup>11</sup> se omitirán las referencias a la Directiva de fusiones, para centrarse en el análisis de las previsiones contenidas en las normas convencionales.

De modo gráfico, la situación descrita se podría plasmar en el siguiente diagrama:



A efectos del presente trabajo, solo se analizarán las consecuencias que tienen estas operaciones en el plano corporativo, es decir, en el nivel de las sociedades que participan en la operación, sociedad transmitente (*absorbida*) y sociedad beneficiaria (*absorbente*). De este modo se excluyen del análisis las consecuencias de estas operaciones a nivel del socio no residente que participa en el capital de la sociedad absorbida, consecuencias que como ya se ha puesto de relevancia se manifiestan principalmente en relación con las eventuales asimetrías en la caracterización de los rendimientos

ciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

<sup>8</sup> En efecto, este artículo define el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva como las «operaciones de fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos y de canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros».

<sup>9</sup> En este sentido, véase, International Bureau of Fiscal Documentation (1995), pág. 23; THÖMMES (2005), § 1.2.3, n.m. 28; TERRA y WATTEL (2008), pág. 535.

<sup>10</sup> Véase, en este sentido, CERIONI (2007), págs. 80-83.

<sup>11</sup> Así, SCHINDLER (2006), pág. 275, se refiere con esta terminología para aludir tanto a las operaciones puramente transfronterizas, *i.e.*, operaciones en que intervienen sociedades residentes en distintos estados; como operaciones en que intervienen sociedades residentes en un mismo estado, pero que despliegan sus efectos en otras jurisdicciones.

obtenidos por el socio entre el estado de la fuente y el estado de la residencia que pueden dar lugar a supuestos de doble imposición<sup>12</sup>.

A los efectos del análisis se considerará que las sociedades participantes en la operación son sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades del estado de su residencia sin tener opción de tributar en un régimen de atribución de rentas. De conformidad con esta hipótesis, a las sociedades participantes les será de aplicación el convenio de doble imposición vigente entre los estados de residencia y de la fuente.

Finalmente, la hipótesis más relevante es la referida a la tributación material de la operación en ambos estados. A tales efectos se considerará que, en el estado de la residencia de las sociedades que se fusionan, la operación goza de un tratamiento fiscal basado en la neutralidad fiscal a través de la aplicación de criterios de continuidad valorativa idénticos a los previstos en la normativa española que transpone la Directiva de fusiones<sup>13</sup>. Por otro lado, en el estado de la fuente, *i.e.*, el estado en el que se encuentran algunas de las inversiones de la sociedad absorbida que van a ser transmitidas a la sociedad absorbente como consecuencia de la operación, el tratamiento tributario de la operación será diametralmente opuesto. En este caso, los efectos de la operación que se manifiesten en dicha jurisdicción no gozarán de un tratamiento fiscal especial, sino que la transmisión de las inversiones por parte de la sociedad transmitente en la fusión será considerada como una enajenación común, siendo gravadas las eventuales ganancias patrimoniales que se pusieran de manifiesto en el momento en que se realiza la operación, de conformidad con el carácter instantáneo de la imposición sobre no residentes<sup>14</sup>.

## 2. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la fuente

Entrando en el análisis de la operación descrita, cuando se examinan los efectos de esta operación en el estado de la fuente en el marco de un convenio de doble imposición basado en el MCOCDE, el primer paso consiste en analizar si las rentas o ganancias puestas de manifiesto como consecuencia

<sup>12</sup> Cf. MAISTO (2002), pág. 358; ULMER (2001), págs. 105-107.

<sup>13</sup> El denominado régimen de diferimiento impositivo consiste, conforme a lo previsto en los artículos 84 y 85 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, en adelante) en la no integración de las rentas que se ponen de manifiesto al realizarse la operación condicionada al mantenimiento de la valoración empleada por la sociedad transmitente de los activos en sede de la sociedad adquirente. A este respecto, la calificación de la naturaleza jurídica de la regla de *no integración de las rentas* que establece la transposición española de la Directiva, junto con la regla de continuidad valorativa en sede de la beneficiaria, ha generado cierta controversia. En este sentido, la doctrina más cualificada ha calificado esta regla como de exención [en este sentido, NAVARRO EGEA (1997), págs. 166-168, que la califica como una «exención temporal y parcial»; MENÉNDEZ GARCÍA (2006), págs. 700-701, que habla sencillamente de exención o ALONSO GONZÁLEZ (2002), págs. 481-483, que la define como una «exención sometida a una condición resolutoria»]. Entendemos que esta última calificación es la que permite encajar esta técnica en las categorías empleadas en el Derecho tributario español, pues se realiza el hecho imponible, pero se produce una exclusión de la obligación tributaria, que se mantiene en el tiempo en que los bienes transmitidos permanezcan en el patrimonio de la entidad adquirente y se garantice la posibilidad de una imposición futura de la alteración patrimonial no integrada, caracteres que contribuyen a diferenciar la figura empleada de otras cuyos efectos económicos pudieran ser similares, como pudieran ser la no sujeción, el aplazamiento del pago o la transmisión de la deuda tributaria. Así puede considerarse el efecto del diferimiento impositivo como resultado de una exención sujeta a la condición del cumplimiento del principio de continuidad valorativa en sede de la sociedad beneficiaria.

<sup>14</sup> Por todos, *vid.*, VOGEL (1997), Preface to Articles 10-12, n.m. 32 y ss.

de la operación pueden ser gravadas por el estado de la fuente de conformidad con las reglas para la distribución del poder tributario entre los estados contratantes previsto en el convenio. Para ello, es necesario caracterizar dichas rentas dentro de las reglas de distribución previstas en el tercer capítulo del MCOCDE.

La calificación natural a priori para las rentas y ganancias que se ponen de manifiesto en el curso de la operación de fusión es la de ganancias de capital conforme a las previsiones contenidas en el artículo 13 del MCOCDE<sup>15</sup>. Dicha calificación se correspondería con la que hace la normativa doméstica española<sup>16</sup>. Sin embargo, no puede extrapolarse la calificación doméstica al ámbito convencional sin más, sino que es necesario acudir a las previsiones convencionales y, eventualmente, al contexto de la cláusula, con prioridad frente al recurso a la normativa doméstica<sup>17</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en otras reglas de distribución previstas en el capítulo tercero del MCOCDE, como pueden ser los dividendos o los intereses<sup>18</sup>, en el caso de las ganancias de capital, el modelo no ofrece una definición explícita acerca de lo que ha de entenderse por dicha expresión. De este modo, el concepto de ganancias de capital a los efectos del artículo 13 del MCOCDE debe extraerse de los requisitos contenidos en el propio precepto y completarse con las referencias contenidas en los comentarios al artículo 13 del MCOCDE como parte integrante del contexto de un convenio basado en este modelo.

A este respecto, de la lectura de los distintos apartados del artículo 13 se extraen los siguientes requisitos para que unas determinadas rentas puedan ser consideradas como ganancias patrimoniales en el sentido del artículo 13 del MCOCDE. En primer lugar, este precepto únicamente se aplica cuan-

<sup>15</sup> *Vid.*, BRAUNER (2005), pág. 1.064.

<sup>16</sup> Así sucede en el artículo 37.1 e) de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF, en adelante) y en el artículo 15.2 d) del TRLIS.

<sup>17</sup> El artículo 3.2 del MCOCDE establece la regla general de interpretación de los términos no expresamente definidos en el convenio. Dicha regla es la siguiente: «Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado». Uno de los aspectos fundamentales a los efectos de aplicar esta regla interpretativa es la de la interrelación entre contexto y normativa doméstica. En este sentido, VOGEL (1997), Article 3, n.m. 70 y ss.; entiende que el recurso al contexto del convenio ha de ser empleado de modo restrictivo, en la medida en que ni la sistemática del artículo 3.2 del MCOCDE, ni su desarrollo histórico permiten considerar preferente la interpretación contextual frente a la interpretación conforme a la normativa interna. De este modo, VOGEL concluye (párrs. 73 y 74) proponiendo un orden de preferencia para interpretar los términos usados en los convenios de doble imposición en el cual el recurso al contexto queda limitado a llenar las posibles lagunas o los resultados indeseados que se obtengan a través de la interpretación conforme a la normativa interna. Sin embargo, esta postura no es apoyada actualmente por parte de la doctrina más cualificada, que propone la interpretación contextual de los términos no definidos en el convenio con el objetivo de obtener una interpretación homogénea de los términos convencionales. En este sentido, véase, *inter alia*, LANG (2010), n.m. 116; BECERRA (2007), pág. 65; American Law Institute (1991), pág. 39 y ss.; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ (2005), págs. 202-203; BAKER (1994), n.m. C-21. Este enfoque, desde luego, es mucho más coherente con la tendencia actual hacia el reconocimiento de un «régimen fiscal internacional» derivado del elevado nivel fáctico de armonización en esta área por la influencia del MCOCDE. Sobre estos aspectos pueden verse los trabajos de AVI-YONAH (2007), págs. 1-22, o BRAUNER (2003), pág. 259 y ss.

<sup>18</sup> *Vid.*, artículos 10.3 y 11.3 del MCOCDE, definiendo, respectivamente, los términos «dividendos» e «intereses» a efectos de la aplicación del MCOCDE.



do exista una enajenación (*alienation*)<sup>19</sup>. Dicho término no se encuentra definido en el artículo 13, por lo que, a falta de previsión específica en el convenio relevante, será necesario acudir a los comentarios al artículo 13 para poder interpretar dicho término. A este respecto, los comentarios al MCOCDE no ofrecen una definición precisa del término enajenación, sino que incluyen determinados ejemplos de operación que son consideradas como supuestos de enajenación a los efectos del artículo 13 del MCOCDE<sup>20</sup>. Dicho listado no tiene carácter exhaustivo, por lo que habrá que contrastar los supuestos de enajenación previstos en la normativa doméstica con los caracteres que se pueden extraer del listado incluido en los comentarios.

De los ejemplos del listado, algunos autores extraen un concepto de enajenación que, de conformidad con el artículo 13 del MCOCDE, implicaría el cambio en la atribución económica del poder de disposición de un determinado activo<sup>21</sup>. A pesar de lo razonable de dicha definición, difícilmente puede ser conjugable con el criterio que aparentemente siguen los comentarios. En efecto, si atendemos a dicho listado, se incluyen determinadas operaciones en que, a pesar de que se produce un cambio en la titularidad jurídica de unos determinados activos, la titularidad económica del activo no tiene por qué necesariamente variar. Tal es el caso de los supuestos de aportaciones de activos a sociedades o determinadas liquidaciones societarias<sup>22</sup>.

Por tanto, cabría pensar que en aquellos cambios en que la normativa tributaria doméstica califique como enajenaciones basándose en el cambio en la titularidad jurídica sobre los activos puedan ser considerados como enajenaciones a los efectos del artículo 13 del MCOCDE. A los efectos del presente trabajo, esta consideración no ofrecería ningún tipo de dudas en relación con la inclusión de las diversas transferencias de activos que se realizan en la operación de fusión, siempre que la normativa doméstica del estado que aplica el convenio, en este caso, el estado de la fuente, las califique como enajenaciones con base en el cambio de la titularidad jurídica de los activos que se pone de manifiesto como resultado de la operación. Dicha conclusión se ve refrendada por la mención que se realiza a las operaciones de reorganización empresarial incluidas en los comentarios al artículo 13.4 del MCOCDE después de la actualización de los comentarios de 2008<sup>23</sup>.

Junto al requisito de enajenación, el artículo 13 requiere para ser aplicable que, como consecuencia de la enajenación, el no residente obtenga una ganancia en el estado de la fuente<sup>24</sup>. Como

<sup>19</sup> *Vid.*, SIMMONTACCHI (2007), págs. 174-176; destacando del presente requisito el resultado que determinará un cambio en la titularidad de un determinado activo. Esto es coherente con la elección de este término, frente a otros como «venta o intercambio» [cf. BAKER (1994), n.m. 13-03] o «disposición» [AVERY JONES (2006), págs. 249-250] para poder dar la mayor amplitud posible a los eventos que fueran considerados como determinantes de la obtención de ganancias de capital. Sobre ello, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), pág. 176 y ss.

<sup>20</sup> Este listado incluye las ventas y permutas, enajenaciones parciales, enajenaciones por expropiaciones, aportaciones al capital de una sociedad, venta de derechos, donaciones y la transmisión de bienes mortis causa (*vid.* Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 5). Debe tenerse en cuenta que el listado carece de carácter constitutivo. De hecho, los propios comentarios al MCOCDE incluyen otros ejemplos de operaciones que pueden ser consideradas como enajenaciones en el marco del artículo 13.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, FAYBIK, J. (2007), págs. 173-174.

<sup>22</sup> *Vid.* Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párrs. 5 y 31.

<sup>23</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.7.

<sup>24</sup> *Vid.* Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 12.

consecuencia de dicho requisito, los casos en que el resultado de la operación sea negativo, es decir, cuando la operación resulte en pérdidas para el no residente, el artículo 13 no será aplicable<sup>25</sup>. Dicho requisito es consecuente con el objetivo de eliminación de la doble imposición del MCOCDE, al no producirse ninguna sobreimposición en los casos en que el resultado de la alteración patrimonial sea negativo. Con todo, ha de notarse que el MCOCDE no incluye ninguna referencia acerca del modo conforme al cual han de computarse las eventuales ganancias o pérdidas de capital por el estado de la fuente en los supuestos en que un no residente lleve a cabo la enajenación de determinados activos<sup>26</sup>. Esto es resultado del carácter distributivo y no material de esta cláusula que no impone cómo han de tributar las ganancias, sino qué estado será competente para su gravamen.

Finalmente, el último requisito es que el elemento cuya enajenación haya generado las ganancias, sea un elemento de capital o patrimonial<sup>27</sup>. Este requisito sirve para diferenciar los supuestos de enajenación de elementos del activo circulante, que generarán una renta común, gravable como beneficios empresariales (art. 7 del MCOCDE) u otras rentas (art. 21 del MCOCDE), de otras clases de activos, ya sean fijos o financieros, en que la distribución del poder de imposición sobre las ganancias generadas a través de su enajenación se regirá por las reglas previstas en el artículo 13 del MCOCDE. Con todo, esta distinción carece de relevancia práctica, pues, con las salvedades que se indicarán seguidamente, la regla general en los casos citados es la competencia tributaria exclusiva del estado de la residencia sobre las rentas y ganancias que sean subsumidas en los citados preceptos<sup>28</sup>.

Esta regla general solo se ve conculcada en el ámbito del artículo 13 del MCOCDE en los casos de enajenaciones de bienes inmuebles y establecimientos permanentes situados en el estado de la fuente por parte de no residentes<sup>29</sup>, así como en el caso de ganancias procedentes de la enajenación de acciones y participaciones en el capital de sociedades cuyo activo esté formado en más del 50 por 100 por inmuebles sitos en el estado de la fuente<sup>30</sup>. En todos estos casos<sup>31</sup>, el MCOCDE establece una regla de tributación compartida ilimitada, de modo que las ganancias obtenidas por el no residente podrán ser objeto de gravamen simultáneo en el estado de la fuente y en el estado de la residencia, estado este último que se encontrarán obligado a eliminar la doble imposición que pueda surgir por el solapamiento de gravámenes a través de la aplicación del mecanismo para eliminar la doble imposición previsto en el artículo 23, o su equivalente en el convenio relevante.

<sup>25</sup> Cf., *inter alia*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 748.

<sup>26</sup> A este respecto, los comentarios al MCOCDE señalan, de modo ejemplificativo, diversos mecanismos que pueden servir para cuantificar las ganancias de capital. *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 12.

<sup>27</sup> Contra, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), págs. 164-167, para el cual la ausencia de una referencia al carácter de los activos enajenados como integrantes del circulante o del inmovilizado, determina la aplicación del artículo 13 a la enajenación de cualquier clase de activo, sin perjuicio de su naturaleza.

<sup>28</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 4. Sobre estos aspectos, *vid.*, VOGEL (1997), article 7, nn.mm. 22 y 33a. Manteniendo una posición diversa a la anterior, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), págs. 164-167; y AVERY JONES (2001), pág. 389.

<sup>29</sup> Cf. artículos 13.1 y 13.2 del MCOCDE. Debe tenerse en cuenta que la previsión del artículo 13.2 afecta tanto a la enajenación del establecimiento permanente, como a la enajenación de los elementos afectos al mismo.

<sup>30</sup> *Vid.* artículo 13.4 del MCOCDE.

<sup>31</sup> El artículo 13.3 del MCOCDE contiene una regla especial referida, entre otros, a la enajenación de buques y aeronaves por parte de empresas dedicadas al transporte internacional. Las ganancias derivadas por la enajenación de estos activos tributarán de modo exclusivo en el estado en que se encuentre la sede de dirección efectiva de dichas sociedades. A los efectos del presente trabajo, no tendremos en cuenta esta regla por su carácter excepcional y su limitado ámbito de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que las ganancias derivadas de otros elementos patrimoniales o de capital, según la terminología empleada en el MCOCDE, tributarán exclusivamente en el Estado de la residencia de la sociedad transmitente (art. 13.5 del MCOCDE). En el caso de que los elementos transmitidos no tengan dicha consideración, la regla aplicable será la misma, en virtud de las previsiones de los artículos 7 (beneficios empresariales) y 21 (otras rentas), de modo que la calificación de un activo transmitido como de capital o circulante carecerá de relevancia práctica, siendo únicamente significativo el que nos encontremos ante la transmisión de un elemento patrimonial de los referidos anteriormente<sup>32</sup>.

Fuera del ámbito del MCOCDE, en el MCONU se amplían los supuestos en que el estado de la fuente podrá gravar las ganancias de capital obtenidas por un no residente, en la medida en que las enajenaciones de participaciones sustanciales, normalmente participaciones superiores al 25 por 100 del capital social en una sociedad residente en el estado de la fuente, se someten también a una regla de tributación compartida ilimitada<sup>33</sup>. Esta divergencia, frente a las previsiones del MCOCDE, donde estas ganancias tributarían únicamente en el estado de la residencia del perceptor, se justifica por la equiparación desde una perspectiva económica de la inversión en el estado de la fuente a través de un establecimiento permanente o de una filial, de modo que la enajenación de una participación de control sobre una sociedad residente se somete a las mismas reglas que la enajenación de un establecimiento permanente o de elementos afectos al mismo, esto es, al gravamen compartido ilimitado por los estados de la fuente y de la residencia sobre las ganancias que afloran como consecuencia de dicha enajenación<sup>34</sup>.

En el supuesto examinado, por lo tanto, el estado de la fuente podrá gravar las ganancias derivadas de las transferencias de activos que tienen lugar en el curso de la operación de fusión realizada por sociedades no residentes cuando esta operación implique que la sociedad absorbida transmita bienes inmuebles, un establecimiento permanente o participaciones en sociedades inmobiliarias, cuando el convenio relevante se base en el MCOCDE. En el caso de que el convenio relevante se base en el MCONU, junto a las anteriores desviaciones a la regla general de tributación exclusiva de las ganancias en el estado de la residencia del perceptor, se incluirán también en la regla de tributación compartida ilimitada las ganancias derivadas de la enajenación de participaciones sustanciales en sociedades residentes en el estado de la fuente.

Como veremos, es en estos casos donde la existencia de una situación transfronteriza tendrá relevancia en la medida en que el elemento internacional podrá convertir en el origen de supuestos de sobreimposiciones o disparidades en el momento en que las ganancias patrimoniales sean objeto de gravamen en cada uno de los estados que pueden dar lugar a ineficiencias en relación con el tratamiento neutral de la operación. Por el contrario, cuando las ganancias derivadas de la transmisión de activos que tiene lugar en el marco de la operación de fusión sean objeto de gravamen exclusivo por el estado de la residencia de la sociedad absorbida no se plantearán problemas de doble imposición

<sup>32</sup> En este sentido, *vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 4.

<sup>33</sup> *Vid.*, artículo 13.5 del MCONU. Debe tenerse en cuenta que el MCONU no establece un umbral de participación mínimo para la aplicación de esta cláusula, quedando la determinación del porcentaje concreto a la negociación entre los estados parte (*vid.*, Comentarios al MCONU, art. 13, párr. 10).

<sup>34</sup> En este sentido, *vid.*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 780; SIMMONTACCHI (2007), págs. 390-392; KOSTERS (2004), pág. 6.

o de asimetrías en el tratamiento neutral de la operación. Esto es así al no someterse estas ganancias a un gravamen distinto del exigido por el estado de la residencia.

### 3. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la residencia

A diferencia de lo que sucede en el estado de la fuente, donde la transmisión de los activos por parte de la sociedad absorbida no se beneficiaría de un tratamiento neutral, en la medida en que la operación es realizada por no residentes, característica que normalmente determinará la no extensión de los regímenes domésticos de diferimiento por no asegurarse el futuro gravamen de las ganancias cuya tributación se difiere en el momento de realización de la operación o por no cumplirse el objeto extrafiscal del régimen en relación con el estado de la fuente<sup>35</sup>; el estado de la residencia normalmente extenderá el tratamiento neutral de la operación a las rentas o ganancias obtenidas por sus residentes sobre una base mundial. Como consecuencia de esta asimetría en el reconocimiento de las ganancias puestas de manifiesto en la operación de fusión entre el estado de la fuente y el estado de la residencia, pueden surgir problemas de sobreimposición y de falta de neutralidad de la operación desde una perspectiva global.

Como resultado del gravamen en origen de las ganancias puestas de manifiesto en sede de la sociedad absorbida, el estado de la residencia de las sociedades que se fusionan deberá eliminar la doble imposición que surja al aplicar su gravamen sobre la renta mundial de sus residentes<sup>36</sup>. Esta eliminación de la doble imposición se realizará de conformidad con el mecanismo previsto en el convenio de doble imposición, ya sea el método de imputación o el de exención. En principio, la aplicación del método de exención excluirá cualquier problema de doble imposición al territorializarse el derecho de imposición del estado de la residencia, que no alcanzará a las rentas obtenidas en el otro estado contratante<sup>37</sup>. Sin embargo, cuando el mecanismo para eliminar la doble imposición previsto en el convenio es el método de imputación, como veremos, la aplicación del diferimiento impositivo por parte del estado de la residencia podrá dar lugar a supuestos de sobreimposiciones.

En efecto, si en el momento en que se realiza la operación el estado de la fuente grava las ganancias puestas de manifiesto en sede de la sociedad absorbida, el crédito impositivo generado para la aplicación del método de imputación por el estado de la residencia no podrá ser aplicado si no existen ganancias reconocidas en el estado de la residencia como consecuencia de la aplicación del régimen especial de diferimiento. Esto es así, al requerir el método de imputación para su aplicación que las rentas de fuente foránea gravadas por el estado de la fuente sean integradas en la base imponible doméstica<sup>38</sup>. Así, la aplicación del diferimiento impositivo por el estado de la residencia implicará que no se integren en la base imponible de la sociedad absorbida las rentas que se habrían generado como consecuencia de la operación con la condición de que se apliquen los criterios de

<sup>35</sup> *Vid.*, SPORI (2001), pág. 64.

<sup>36</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, Introducción, párr. 25.

<sup>37</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 13 y ss.

<sup>38</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 13. *Vid.*, CALDERÓN CARRERO (1997), págs. 189-191; HOLMES (2007), pág. 103, ambos resaltando el requisito de integración de rentas como necesario para la aplicación del mecanismo de imputación.

continuidad valorativa. De este modo, las ganancias no reconocidas en sede de la sociedad absorbida en el momento de la operación de fusión serán reconocidas finalmente en sede de la sociedad absorbente cuando proceda a enajenar los activos recibidos<sup>39</sup>.

Así las cosas, cuando se produzca la enajenación de los activos recibidos por la sociedad absorbente, a efectos de determinar las ganancias patrimoniales correspondientes, se tomará como valor de adquisición el valor contable que tenían dichos activos para la sociedad absorbida en el momento de la fusión<sup>40</sup>, gravándose las ganancias no reconocidas en el momento de la fusión. Es en el momento en que se produzca esta integración de las ganancias no reconocidas en el momento de la fusión cuando el crédito derivado del impuesto satisfecho en el estado de la fuente podrá ser objeto de deducción. Ahora bien, este requisito generaría que la situación, originariamente de doble imposición jurídica internacional, se convirtiera en un supuesto de doble imposición económica internacional, al gravarse la misma renta en sede de dos sujetos diversos, la sociedad absorbida, que sería gravada por el estado de la fuente en el momento de realizarse la fusión, y la sociedad absorbente, que sería gravada por el estado de la residencia al integrar las ganancias cuyo reconocimiento se difirió a través de una posterior enajenación de los activos adquiridos con ocasión de la fusión<sup>41</sup>.

Esta asimetría en el reconocimiento temporal de las ganancias, que, en el supuesto examinado nos conduce a una situación de doble imposición económica internacional, como veremos, no puede ser resuelta directamente con el recurso al método de imputación tal y como está configurado en el MCOCDE. Sin embargo, conviene estudiar de modo separado las dos disparidades que surgen en este caso en el marco de la aplicación del método de imputación.

En primer lugar, como consecuencia de la interacción entre el gravamen instantáneo y el diferimiento en el reconocimiento de las ganancias por parte de los estados de la fuente y de la residencia, respectivamente, surgirá una disparidad en el aspecto temporal del gravamen en ambos estados (*timing mismatch*)<sup>42</sup>. Esta disparidad determinará que las ganancias derivadas de la fusión no sean gravadas en el mismo periodo en cada uno de los estados implicados. Como consecuencia de lo anterior, podrían plantearse dificultades en el estado de la residencia para reconocer el impuesto foráneo a la hora de aplicar el método de imputación.

Los comentarios al MCOCDE no son ajenos a la posibilidad de que no exista coincidencia en el aspecto temporal en relación con el gravamen exigido por el estado de la fuente y el estado de la

<sup>39</sup> *Vid.*, BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 330-331; BARENFIELD (2005), págs. 143-144.

<sup>40</sup> *Cf.*, a modo de ejemplo, el artículo 85 del TRLIS, en el ámbito español, el artículo 4.2 de la Directiva de fusiones o la sección 361 del *Internal Revenue Code*, en el ámbito estadounidense.

<sup>41</sup> *Cf.*, BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 330-331. El siguiente ejemplo puede ilustrar la generación de la doble imposición económica internacional en este supuesto. Suponiendo que la sociedad A, residente en España es titular de un inmueble en Francia, cuyo valor contable es de 100, y su valor de mercado, 500; si dicha sociedad es absorbida por la sociedad B, también residente en España, la aplicación del régimen especial determinará que la sociedad B registre dicho inmueble por importe de 100 (art. 85 del TRLIS). Si Francia no aplica el régimen de diferimiento, la sociedad A será gravada por las ganancias obtenidas en el momento de realizarse la operación (400). Dichas ganancias no se integrarán en la base imponible de la sociedad A por aplicación del régimen especial, sino que serán gravadas cuando la sociedad B enajene posteriormente el inmueble valorado conforme al criterio de continuidad. De este modo, la ganancia será gravada en sede de la sociedad A por el estado de la fuente (Francia) y en sede de la sociedad B por el estado de la residencia (España).

<sup>42</sup> *Vid.*, entre otros, ULMER (2001), págs. 100-102; TENORE (2006), págs. 140-141.

residencia<sup>43</sup>. A este respecto, los comentarios se inclinan por mantener una postura basada en que el estado de la residencia no deba denegar la deducción del impuesto extranjero sobre la base de esta disparidad temporal, salvo que en el artículo en que se regulan los mecanismos para eliminar la doble imposición en el convenio se incluya un límite temporal concreto para la deducción del impuesto extranjero o se haga una remisión a la normativa interna del estado de la residencia a los efectos de determinar este extremo, y dicha normativa doméstica sí incluya limitaciones temporales para el ejercicio de la imputación del impuesto extranjero<sup>44</sup>.

En el caso español, en la mayoría de los convenios más recientes se incluyen referencias a la configuración del método de imputación en la normativa doméstica española<sup>45</sup>, lo cual determinaría que la deducción del impuesto extranjero solo pudiera realizarse dentro de los límites temporales previstos por la normativa doméstica<sup>46</sup>. Obviamente, esta limitación podría fácilmente derivar en supuestos de sobreimposiciones en los casos en que se denegara la deducción del impuesto extranjero con base en la superación de los límites temporales para el ejercicio de la deducción del crédito impositivo por la sociedad absorbente, especialmente si se tiene en cuenta que el reconocimiento de la ganancia en el estado de la residencia requeriría de la previa enajenación de los activos adquiridos previamente en la fusión.

Así las cosas, se daría la paradoja de que para evitar un supuesto de doble imposición, la sociedad beneficiaria se vería obligada a enajenar activos adquiridos en la fusión y que, a priori, constituirían el conjunto empresarial que ha sido objeto de una estructuración económica más eficiente a través de la fusión. Teniendo en cuenta que el potencial incremento de eficiencia derivado de la fusión se encuentra protegido por el sistema fiscal a través del diferimiento de las ganancias, sería inconsistente que el estado de la residencia «sancionara» con la denegación de la aplicación del método de imputación y la consiguiente sobreimposición a sociedades que previamente han realizado operaciones en el marco de regímenes fiscales protegidos.

Sin perjuicio de las citadas repercusiones que tienen estas disparidades en el aspecto temporal, en el elemento subjetivo se manifestará una disparidad de mayor relevancia. En efecto, como se ha señalado anteriormente, en este caso, la sobreimposición se plasmará en un supuesto de doble imposición económica internacional, pues el impuesto del estado de la fuente le será exigido a la sociedad absorbida, mientras que, posteriormente, el estado de la residencia gravará las mismas ganancias en sede de la sociedad absorbente. En consecuencia la misma ganancia será gravada en sede de dos sujetos diversos, dando lugar a un supuesto de doble imposición económica internacional<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Vid. Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 32.8.

<sup>44</sup> Vid. Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 32.8; ARNOLD, SASSEVILLE y ZOLT (2002), pág. 242; CALDERÓN CARRERO (2005), pág. 982 y ss.

<sup>45</sup> Sirvan como ejemplo los tres últimos convenios suscritos por España y publicados en el BOE, que incluyen la referencia a la eliminación de la doble imposición «de conformidad con la legislación interna española». Así sucede en los convenios con Armenia (art. 23.1), Hong Kong (art. 21.2) o Singapur (art. 21.1).

<sup>46</sup> A tal respecto, cabe entender dicha limitación de lo previsto en el artículo 31.4 del TRLIS que establece un plazo de 10 años para la aplicación del método de imputación en los casos de insuficiencia de cuota que no permitan la deducción del impuesto extranjero.

<sup>47</sup> Vid., por todos, VOGEL (1997), Introduction, n.m. 3.



Como es sabido, el MCOCDE se limita a la eliminación de la doble imposición jurídica internacional, sin que los supuestos de doble imposición económica internacional sean resueltos por la aplicación de los mecanismos previstos en el MCOCDE<sup>48</sup>. Efectivamente, en el ámbito del mecanismo de imputación, es claro que, para poder beneficiarse de su aplicación, ha de existir identidad subjetiva entre las personas que han soportado la imposición en el estado de la fuente y en el estado de la residencia, siempre que sean sujetos a imposición por la renta obtenida y no tributen en un régimen de atribución de rentas. Así, de conformidad con el artículo 23B del MCOCDE, solo se encontrará legitimada para solicitar la deducción del impuesto soportado en el extranjero aquella persona que haya sido sujeto pasivo del mismo, sin que pueda beneficiarse del crédito impositivo un sujeto distinto del que fue sujeto pasivo del impuesto exigido por el estado de la fuente<sup>49</sup>.

De este modo, no cabría pensar que el método de imputación, tal y como se encuentra previsto en el MCOCDE, pudiera servir para eliminar la sobreimposición que se pondría de manifiesto en este caso. No obstante, aunque a nivel convencional estas sobreimposiciones no sean susceptibles de solución en el estado actual del MCOCDE, de un lado, la normativa interna del estado de la residencia y, de otro, cláusulas particulares negociadas en algunos convenios de doble imposición, pueden servir para evitar estos problemas de doble imposición, sin perjuicio de que, solo en algunos casos, pueda conseguirse al mismo tiempo evitar distorsiones en el tratamiento neutral de la operación.

### III. LAS SOLUCIONES UNILATERALES A LOS SUPUESTOS DE DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL EN LAS OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y SUS LIMITACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NEUTRALIDAD GLOBAL

Los supuestos de doble imposición que se producen en el marco de las operaciones de reorganización empresarial cuando se presentan elementos internacionales son fácilmente solucionables por el estado de la residencia. A este respecto, tanto la normativa interna española, como el Derecho comparado nos aportan diversos ejemplos de mecanismos unilaterales que permiten evitar que la doble imposición se pueda convertir en un obstáculo en el marco de operaciones de reorganización empresarial que tengan efectos transfronterizos. Con todo, como veremos, estas soluciones unilaterales, aun cuando permiten eliminar la doble imposición que surge en estos casos, no resuelven otros problemas inherentes a la situación de internacionalidad de estas operaciones.

La solución más obvia consiste en evitar que surja la disparidad en el aspecto temporal a través de la anticipación del gravamen sobre la sociedad absorbida por parte del estado de la residencia. De este modo, las ganancias que se ponen de manifiesto con ocasión de la operación de reorganización

<sup>48</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, Introducción, párr. 3 y artículos 23A y 23B, párr. 1.

<sup>49</sup> Sobre la legitimación subjetiva para la aplicación del método de imputación, *vid.*, BARENFIELD (2005), págs. 143-144 y los Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párrs. 69.1-69.3, detallando los supuestos en que aun existiendo diversidad de sujetos gravados, puede considerarse la existencia de doble imposición jurídica internacional por no tributar uno de los sujetos de modo separado, es decir, en régimen de atribución de rentas, y no poder, por tanto, ser considerado residente a los efectos de la aplicación del convenio.

empresarial serían gravadas al mismo tiempo por ambos estados en sede de la sociedad absorbida, sin que la situación pudiera derivar en un supuesto de doble imposición económica internacional. En este caso, la doble imposición jurídica internacional que tendría lugar como consecuencia del solapamiento de gravámenes se resolvería a través de la simple aplicación del mecanismo para eliminar la doble imposición previsto en el convenio relevante.

Esta anticipación del gravamen se logra mediante el reconocimiento instantáneo de las ganancias de fuente extranjera realizadas con ocasión de la operación de fusión. Dicho reconocimiento puede darse con carácter general para las rentas de fuente foránea, como sucede en el caso austriaco<sup>50</sup>, o mediante la opción específica de la sociedad absorbida, como sucede en el caso español<sup>51</sup>. Debe recordarse que en España el régimen de diferimiento impositivo no solo es opcional en su integridad, sino que caben renunciaciones parciales de la aplicación del régimen mediante la integración de las ganancias que se pongan de manifiesto a la hora de realizarse la operación de reorganización empresarial<sup>52</sup>. Aunque el ámbito de la renuncia prevista en la normativa española es mucho más amplio que la mera integración de las ganancias generadas en el extranjero a los efectos de permitir la deducción del impuesto exigido por el estado de la fuente, lo cierto es que efectivamente permite eliminar la disparidad temporal, pues al integrarse las ganancias de fuente extranjera en la base imponible de la sociedad transmitente, se podrá deducir el crédito por el impuesto satisfecho en el extranjero en el mismo ejercicio en el que dicho impuesto fue exigido, eliminando también cualquier disparidad en el elemento objetivo.

Junto a esta solución, otro posible mecanismo para eliminar la doble imposición económica internacional que se pone de manifiesto en estos casos consiste en permitir a la sociedad absorbente que se beneficie del crédito por el impuesto extranjero soportado por la sociedad absorbida en el momento de realizarse la operación. A través de esta solución aunque persistirán las disparidades temporales y subjetivas, el estado de la residencia de la sociedad absorbente admitirá la subrogación de esta última sociedad en la posición de la sociedad absorbida en relación con los impuestos del estado de la fuente que la gravaron en el momento de realizarse la operación de reorganización empresarial. Este mecanismo se emplea, por ejemplo, en la normativa estadounidense<sup>53</sup>, siendo significa-

<sup>50</sup> En el caso austriaco, el régimen de diferimiento impositivo es opcional para el contribuyente en relación con las rentas y ganancias de fuente extranjera que obtenga en el marco de la operación de reorganización empresarial. A través de este mecanismo se logran eliminar las disparidades temporales que pudieran surgir en relación con la aplicación del método de imputación. *Vid.*, ERNST & YOUNG (2009), pág. 354. De modo similar, en el contexto del convenio de doble imposición entre Estados Unidos y Canadá de 1980, el artículo XIII(7) prevé una regla especial aplicable a las personas físicas para que puedan solicitar el reconocimiento de las ganancias de fuente extranjera que, de otro modo, habrían gozado del diferimiento impositivo en el estado de la residencia. Mediante esta opción, el contribuyente puede evitar que las disparidades en el momento del reconocimiento de las ganancias puedan llegar a generar supuestos de doble imposición.

<sup>51</sup> El artículo 84.2 del TRLIS permite a la sociedad transmitente renunciar parcialmente a la aplicación del régimen de diferimiento mediante la integración de las ganancias de los activos sobre los que se ejecute la renuncia, lo que determinará, en su caso, la no aplicación de la regla de continuidad valorativa respecto de los activos sobre los que se ejecute dicha renuncia.

<sup>52</sup> En efecto, la renuncia en el TRLIS se realiza activo por activo, de modo que cabría emplearla sobre los activos que generan ganancias sujetas a imposición en otro estado para tratar de evitar que surjan disparidades temporales. Sobre la renuncia prevista en este precepto, *vid.*, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES y ORTEGA CARBALLO (2010), n.m. 1.677.

<sup>53</sup> En el caso estadounidense, la sección 381 del *Internal Revenue Code* establece un listado ejemplificativo de los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente sobre los que la sociedad beneficiaria puede subrogarse. En el listado no se incluye la posible subrogación de la sociedad beneficiaria en la posición de la transmitente en relación con la aplicación



tivo que en esta jurisdicción el régimen de diferimiento es de aplicación obligatoria sin que quepan renunciaciones parciales o totales a su aplicación; de modo que no cabría otra solución para evitar la doble imposición que se produciría en este caso<sup>54</sup>. En la normativa interna española, la subrogación en derechos y obligaciones que establece el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades parece que permitiría que la sociedad absorbente se aprovechara del crédito por impuestos extranjeros generado por la sociedad absorbida<sup>55</sup>. En cualquier caso, ha de notarse que esta legitimación para que la sociedad absorbente pueda deducirse los impuestos que fueron soportados por la sociedad absorbida no resolvería, por sí misma, los problemas que pudieran derivarse de la existencia de limitaciones temporales para su ejercicio que anteriormente han sido señaladas.

Ahora bien, aunque estas soluciones unilaterales sirven para eliminar, con mayor o menor fortuna, la doble imposición económica internacional que se pone de manifiesto en estas situaciones, bien es cierto que las soluciones unilaterales fallan a la hora de solventar otros problemas derivados de la existencia de elementos transfronterizos en la operación. En la medida en que el estado de la fuente grava las ganancias que surgen en la operación en el momento en que esta se realiza, el principio de neutralidad fiscal vertebrador del diferimiento impositivo ofrecido por el estado de la residencia de las sociedades que se fusionan se verá distorsionado, pues, desde una perspectiva global, no podrá hablarse de neutralidad al gravarse por el estado de la fuente las ganancias puestas de manifiesto en la operación de reorganización empresarial.

A este respecto, debe notarse que la neutralidad fiscal como eje del sistema de imposición sobre las ganancias generadas en las operaciones de reorganización empresarial excluye que las ganancias sean gravadas en el momento de realizarse la operación bajo la premisa de que estas ganancias cuyo reconocimiento se pospone a efectos tributarios sean gravadas en un momento ulterior<sup>56</sup>. Esta premisa se justifica en la distorsión que el factor fiscal generaría en las decisiones empresariales acerca de la realización de estas operaciones si las ganancias generadas como consecuencia de la operación fueran objeto de gravamen inmediato al no aflorar liquidez en estas operaciones que permitiera satisfacer el gravamen que se hubiera exigido<sup>57</sup>. De este modo, se aprecia la finalidad extrafiscal de los regímenes de diferimiento que son aplicables a las operaciones de reorganización empresarial, que tienen por objetivo último evitar que el factor fiscal pueda convertirse en un obstáculo para la reali-

---

del método de imputación por impuestos extranjeros. Sin embargo, las autoridades fiscales estadounidenses han recalcado que el listado incluido en la citada sección no tiene carácter constitutivo [*vid.*, así las cf. U.S. Treasury Regulations § 1.381(a)-1(b) (3) (i)], lo cual ha conducido a la doctrina a afirmar de modo unánime la transmisibilidad del crédito por impuestos extranjeros en estas operaciones [*vid.* DUPUY y DOLAN (2005), §VI.2.C; JARCHOW (1978), pág. 326 y ss.]. Una referencia expresa al uso de los créditos fiscales por impuestos extranjeros soportados por la sociedad absorbida por parte de la sociedad absorbente puede encontrarse en el caso canadiense. En este sentido, la sección 87(2) (z) del *Income Tax Act* canadiense expresamente establece la subrogación de la sociedad beneficiaria en relación con estos aspectos.

<sup>54</sup> Cf. BITTKER y EUSTICE (2000-2009), ¶ 12.40 y ss.

<sup>55</sup> Nótese que el artículo 90.1 del TRLIS no incluye referencia alguna a la posibilidad de que la subrogación de la sociedad beneficiaria se extienda a los créditos por impuestos satisfechos por la sociedad absorbida en el extranjero. Sin embargo, parece claro que la falta de mención expresa no afecta a dicha inclusión al hablarse genéricamente de derechos y obligaciones, lo cual parece permitir esta posibilidad. En este sentido, *vid.*, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES y ORTEGA CARBALLO (2010), n.m. 3.508.

<sup>56</sup> *Vid.*, *inter alia*, SPORI (2001), pág. 58 y ss.; BRAUNER (2005), pág. 1.033 y ss.

<sup>57</sup> Sobre esta consideración y las críticas al criterio de la falta de liquidez como justificación para los regímenes de diferimiento impositivo, *vid.*, BRAUNER (2004), págs. 13-14; HELLERSTEIN (1957), pág. 261, o BANK (2000), págs. 39-43.

zación de operaciones que potencialmente pueden crear valor al facilitar la adaptación de las estructuras empresariales al entorno económico<sup>58</sup>.

Así pues, el objetivo de los regímenes de diferimiento establecidos por los estados de residencia puede verse distorsionado por el gravamen inmediato de las ganancias foráneas realizado por el estado de la fuente. De este modo, el objetivo de neutralidad fiscal se desvanecería como consecuencia de este gravamen inmediato por parte del estado de la fuente. Esta situación no puede ser objeto de resolución unilateral, sino que requiere que el estado de la fuente proceda al diferimiento del reconocimiento de las ganancias generadas en su territorio de modo simultáneo al diferimiento otorgado por el estado de la residencia.

Esta opción aseguraría que, desde una perspectiva global, la neutralidad fiscal de la operación se respeta como resultado de la aplicación simultánea del diferimiento por los estados implicados en la operación. Sin embargo, para lograr este objetivo es necesario una acción coordinada entre los estados afectados por la operación, pues el limitado ámbito de aplicación del principio de no discriminación en el MCOCDE no ampararía estas operaciones<sup>59</sup>. En este sentido la existencia de cláusulas específicas de reorganización empresarial en algunos convenios de doble imposición es reseñable como ejemplo de soluciones coordinadas que solucionan, al menos en parte, los problemas derivados de la realización de operaciones de reorganización empresarial que despliegan sus efectos en más de una jurisdicción.

## IV. CLÁUSULAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN LA RED DE CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

### 1. Introducción

La red mundial de convenios de doble imposición cubre en la actualidad más de 3.000 convenios internacionales<sup>60</sup>, en su mayor parte bilaterales. La mayor parte de estos convenios sigue en su

<sup>58</sup> En este sentido, como señala CLARK (2006), pág. 109, «la razón de política fiscal para los regímenes de diferimiento en estos casos es la eliminación de obstáculos fiscales para el crecimiento de negocios exitosos, mientras que se reconoce la titularidad continuada del negocio y la falta de realización efectiva de las ganancias sobre los activos empresariales». En el mismo sentido, *vid.*, NAVARRO EGEA (1997), pág. 21.

<sup>59</sup> Debe tenerse en cuenta que la extensión de los regímenes fiscales especiales sobre reorganizaciones empresariales no puede realizarse de modo automática a través de la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 24 del MCOCDE. En particular, aunque algunos autores han planteado la extensión de estos regímenes previstos por la normativa del estado de la fuente a los supuestos de reorganizaciones en que se transmite un establecimiento permanente en dicho estado con base en el artículo 24.3 del MCOCDE [*vid.*, entre otros, SACCARDO (2003), pág. 271 y ss.], la posición de la OCDE al respecto es contraria a dicha extensión, entendiéndose que el ámbito de aplicación de la cláusula de no discriminación en relación con establecimientos permanentes prevista en el artículo 24.3 del MCOCDE no incluye los regímenes de diferimiento para reorganizaciones empresariales al no referirse a aspectos propios del establecimiento permanente, sino a aspectos subjetivos de la casa central cuya reorganización genera la enajenación del establecimiento permanente [*vid.* Comentarios al MCOCDE, art. 24, párr. 41].

<sup>60</sup> Obviamente es imposible determinar con certeza el número exacto de convenios de doble imposición en vigor, pues está en constante crecimiento, pero la mayor parte de los autores suelen fijar el número aproximado de convenios de doble imposición (al menos aquellos basados en el MCOCDE) en un número cercano a 3.000. Así, *vid.*, BENNET (2008), pág. 1.

estructura el MCOCDE, con algunas desviaciones puntuales<sup>61</sup>. Entre las más notorias desviaciones frente al MCOCDE cabe destacar la existencia de cláusulas de reorganización empresarial. Con todo, no puede obviarse que el número relativo de cláusulas de reorganización empresarial incluidas en convenios de doble imposición es bastante reducido, con cerca de 130 convenios de doble imposición que incluyen cláusulas de este tipo<sup>62</sup>. Adicionalmente, como veremos, la falta de homogeneidad y la diversidad en los objetivos de las distintas cláusulas hace prácticamente imposible su clasificación

<sup>61</sup> Cf. AVI-YONAH (2007), pág. 3 y ss.

<sup>62</sup> Durante la presente investigación se trató de encontrar todas las cláusulas de reorganización empresarial presentes en la red de convenios de doble imposición y otros tratados internacionales de distinta naturaleza. Para ello, se emplearon las bases de datos más relevantes en el área de la fiscalidad internacional (International Bureau of Fiscal Documentation: *tax treaties data base* y Tax Analysts: *World Tax Treaties*) junto con la base de datos sobre tratados internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (*United Nations Treaty Collection*). Como resultado de esta investigación y a fecha de 31 de diciembre de 2011, se encontraron 129 instrumentos internacionales y normas supranacionales o multilaterales que incluyen previsiones relativas al tratamiento fiscal de las operaciones de reorganización empresarial. Con todo, ha de notarse que varias de estas previsiones no serán objeto de estudio aquí por no encontrarse en convenios de doble imposición o no regular los efectos transfronterizos de estas operaciones.

En primer lugar, se excluyen del análisis las previsiones contenidas en los actualmente terminados convenios relativos a la imposición sobre volumen de ventas suscritos por Francia con Austria [1959, subpárr. 3.d); (92 TNI 97-20)]; Bélgica [1959, subpárr. 3.c) (94 TNI 252-185)]; Dinamarca [1959, subpárr. 3.d); (410 UNTS 142)]; Alemania [1957, subpárr. 4.d); (92 TNI 97-25)]; Italia [1959 canje de notas relativa al convenio de 1932, subpárr. 3.c); (92 TNI 97-22)]; Países Bajos [1957, subpárr. 3.d); (92 TNI 97-23)]; Noruega [1958, subpárr. 3.d); (92 TNI 97-24)]; Reino Unido [1958, subpárr. 6; (351 UNTS 263)] y Estados Unidos [1956, Anexo I, subpárr. 3.d); (94 TNI 252-173)]. El objetivo de las cláusulas de reorganización incluidas en estos convenios era el de mantener los beneficios fiscales establecidos para la tributación de los cánones después de las operaciones de fusión, es decir, en sede de la sociedad beneficiaria. Sobre estas cláusulas, *vid.*, BRAUNER (2005), págs. 1.068-1.069, nota 233.

En segundo lugar, algunas cláusulas incluidas en convenios de doble imposición no regulan los efectos transfronterizos de estas operaciones, sino aspectos conexos con una relevancia claramente menor. Ese es el caso de la cláusula contenida en el artículo 15.8 del convenio entre Francia y Bélgica de 1964 (un artículo de «dividendos»), que excluye de modo expreso la distribución de acciones y otros derechos societarios por la sociedad absorbente en el marco de una fusión del ámbito de la cláusula distributiva sobre dividendos. Asimismo, el artículo 10.6 del actualmente terminado convenio entre Hungría e India completa el artículo 10.2 a los efectos de establecer un umbral inferior para los derechos de imposición del estado de la fuente en relación con los dividendos que se deriven de acciones que hayan sido emitidas como consecuencia de una fusión realizada posteriormente a la entrada en vigor del convenio. Por otro lado, el artículo 30.4 b) del convenio entre Canadá y Países Bajos de 1986 acepta de modo expreso la sucesión societaria en el marco de las operaciones de fusión a los efectos de la entrada en vigor de determinadas cláusulas convencionales. Junto a estas cláusulas en los convenios de Estados Unidos con Portugal [1994, subpárr. 12 del protocolo anexo al convenio] y con Austria [1996, art. 13.7] se incluyen cláusulas que regulan los efectos transfronterizos de operaciones de aportaciones de activos por parte de sociedades estadounidenses a sus filiales residentes en los otros estados contratantes.

En tercer lugar, en materia de imposición indirecta existen algunas previsiones significativas en el ámbito de algunas organizaciones supranacionales. En este sentido, en el ámbito de la Comunidad Andina, la Decisión n.º 599, de 2004, establece la armonización de determinados aspectos sustanciales y formales en materia de imposición sobre el valor agregado estableciéndose la exención de las transferencias que tienen lugar en las operaciones de reorganización empresarial (art. 6). En el ámbito de la Unión Europea, las Directivas 2006/112/CE, sobre el sistema común del impuesto sobre el valor añadido (art. 7) y 2008/7/CE, sobre la imposición indirecta sobre la concentración de capitales (art. 4), establecen determinadas reglas de aplicación a los supuestos de reorganizaciones empresariales en esta materia.

Finalmente, existen normas supranacionales que establecen reglas relativas a la imposición directa sobre fusiones y otras reorganizaciones empresariales. El instrumento más ambicioso es la Directiva de fusiones, pero en el ámbito de otras organizaciones supranacionales también se han aprobado normas que regulan determinados aspectos fiscales de estas operaciones. Así sucede en la Comunidad Andina, donde la Decisión 292, de 1991, sobre la empresa multinacional andina, establece reglas relativas a la imposición de los dividendos que se distribuyan por estas entidades que pueden constituirse a través de fusiones transfronterizas (*vid.*, arts. 6 y 19). De modo similar, en el proyecto de protocolo de 2007 del CARICOM sobre armonización fiscal, se establecen determinadas reglas relativas a la posibilidad de compensar pérdidas fiscales generadas en sede de la sociedad absorbida tras la fusión y sobre criterios de valoración (*vid.*, arts. 7 y 8).

sistemática. Sin embargo, no deja de ser reseñable la inclusión de estas cláusulas en convenios de elevada relevancia como pueden ser los convenios suscritos por Estados Unidos con Canadá o Países Bajos.

En cualquier caso, ha de notarse que las cláusulas de reorganización empresarial presentes en la red de convenios de doble imposición presentan una elevada heterogeneidad, derivada de la falta de actuación positiva en esta área, fundamentalmente en el seno de la OCDE. Esta falta de actuación armonizadora ha determinado las grandes disparidades que cabe apreciar cuando se examinan las distintas categorías en que pueden clasificarse estas cláusulas, así como las características que presentan estas cláusulas para su aplicación.

Las cláusulas de reorganización empresarial pueden ser clasificadas fácilmente atendiendo a su objeto. En este sentido, cabe hablar de tres grandes categorías de cláusulas de reorganización empresarial<sup>63</sup>: aquellas que son aplicables en el marco de cláusulas de sociedades inmobiliarias al estilo de la prevista en el artículo 13.4 del MCOCDE; aquellas que son aplicables en el marco de cláusulas de participaciones sustanciales similares a la prevista en el artículo 13.5 del MCONU; y, finalmente, aquellas cláusulas que son aplicables a cualquier tipo de ganancias, con independencia de la naturaleza del activo cuya enajenación haya dado lugar a las ganancias patrimoniales.

Por otro lado, otra diferencia fundamental en estas cláusulas tiene que ver con los requisitos relativos a su aplicación. En este sentido, en primer lugar, existen cláusulas que se podrían calificar como autoejecutivas (*self-executive*), en la medida en que no requieren de intervención por parte de las autoridades fiscales del estado que aplica el convenio para su aplicación<sup>64</sup>. Junto a ellas, coexisten cláusulas que sí requieren de intervención administrativa para su aplicación, de modo que el beneficio previsto en la cláusula requerirá para su aplicación de una resolución favorable de la administración tributaria competente.

<sup>63</sup> Existiría una cuarta clasificación de cláusulas de reorganización que se puede encontrar en algunos convenios suscritos por Francia con sus antiguas colonias y entre estos estados. Estas cláusulas se refieren a la imposición sobre el registro de determinados activos, estableciendo una regla de tributación exclusiva de estas operaciones en el estado de residencia de la sociedad absorbente. Estos convenios se desvían de lo previsto en el MCOCDE y carecen de relevancia significativa, por lo que se excluyen del presente análisis. En cualquier caso, estas cláusulas se pueden encontrar en los siguientes convenios: Francia-Madagascar (1962 –terminado–, art. 35); Francia-Níger (1964, art. 35); Francia-Costa de Marfil (1964, art. 35); Camerún-Francia (1965 –terminado–, art. 35); Dahomey (actual Benín)-Francia (1965 –terminado–, art. 35); Francia-Alto Volta (actual Burkina Faso) (1965, art. 35); Francia-Senegal (1965 –terminado–, art. 35); Francia-Gabón (1966 –terminado–, art. 35); Francia-Mauritania (1967, art. 67); República del Congo-Francia (1967 –terminado–, art. 35); Algeria-Francia (1968 –terminado–, art. 37); Francia-República centroafricana (1969, art. 35); Islas Comoro-Francia (1970, art. 34); Francia-Mayotte (1970, art. 34); Francia-Togo (1971, art. 35); Mauritania-Senegal (1971, art. 27); Francia-Mali [1972, art. 35(2)]; Francia-Túnez (1973, art. 38.2); Francia-Senegal (1974, art. 35.2 –esta cláusula fue modificada por el art. 13 del Protocolo de 1991, que incluía una nueva cláusula de reorganización–); Benín-Francia (1975, art. 35); Camerún-Francia (1976, art. 35); Algeria-Francia [1982 –terminado–, art. 31(2)]; Francia-New Caledonia (1983, art. 21); República del Congo-Francia (1987, art. 24) y Francia-San Pedro y San Miguel (1988, art. 21). También pueden encontrarse cláusulas de este tipo en dos convenios multilaterales firmados en esta región. Este es el caso de los convenios fiscales multilaterales de la Organización Común Africana y Malgache (1971 –terminado–, art. 35); de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (1984, art. 36) y, más recientemente, la Comunidad Económica y Monetaria de Estados de África Occidental (Reglamento 08/CM/UEMOA; 2008, art. 31). En el caso de la Organización Común Africana y Malgache, ha de tenerse en cuenta que la organización se considera en la actualidad como inactiva, por lo que el convenio se entenderá terminado [cf. OSMAŃCZYK y MANGO (2003), pág. 34].

<sup>64</sup> Cf. International Fiscal Association (2001), pág. 51.

A los efectos de proceder al análisis de estas cláusulas, nos centraremos en algunas cláusulas que pueden considerarse como «modelo» en cada una de las referidas categorías, para, posteriormente, analizar las cláusulas de reorganización empresarial previstas en algunos convenios de doble imposición suscritos por España y, finalmente, analizar la cláusula de reorganización prevista en el convenio entre Estados Unidos y Canadá, como ejemplo más desarrollado de cooperación entre estados y eventual modelo para una futura incorporación de estas cláusulas en el MCOCDE. En todo caso, junto al análisis de las cláusulas «modelo», se incluyen las referencias a las desviaciones contenidas en otras cláusulas que siguen dicho modelo.

## 2. Cláusulas de reorganización empresarial en relación con ganancias derivadas de la enajenación de acciones de sociedades inmobiliarias

La previsión contenida en el artículo 13.4 del MCOCDE establece la tributación compartida ilimitada sobre las ganancias patrimoniales derivadas de la enajenación de acciones de sociedades cuyo activo esté formado principalmente por inmuebles situados en el estado de la fuente<sup>65</sup>. Con todo, los orígenes de esta cláusula se pueden encontrar en el MCONU, que ya en 1999 incluía una cláusula de este tipo<sup>66</sup>.

La lógica subyacente a esta cláusula es la de prevenir determinados comportamientos abusivos encaminados a erosionar los derechos de imposición del estado de la fuente sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades<sup>67</sup>. En el marco del MCOCDE, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en sociedades no residentes tributarán exclusivamente en el estado de la residencia del perceptor, de modo que se podría lograr la enajenación de bienes inmuebles evitando el gravamen en origen de las ganancias mediante la interposición de una sociedad de no existir una cláusula especial. Pues bien, la cláusula de sociedades inmobiliarias atiende a estas estructuras, de modo que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en el capital de una sociedad, residente o no en el estado de la fuente, cuyo activo derive su valor en más del 50 por 100 de inmuebles situados en el estado de la fuente, se someterán a una regla

<sup>65</sup> El tenor literal de dicha cláusula es el siguiente: «Las ganancias obtenidas por un residente de un estado contratante por la enajenación de acciones que deriven más del 50 por 100 de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en el otro estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro estado». Este artículo se incluyó en el MCOCDE tras la actualización del modelo que tuvo lugar en 2003. Sobre ello, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), pág. 318 y ss.

<sup>66</sup> En efecto, la versión del MCONU de 1999 ya incluyó una cláusula de este tipo (art. 13.4) con el siguiente tenor: «Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en el capital de una sociedad o un interés en una sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado, cuyo patrimonio consista directa o indirectamente de modo principal en bienes inmuebles situados en un estado contratante, podrán ser sometidos a imposición en ese estado. En particular:

1. Nada contenido en este párrafo se aplicará a una sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado distinto de una sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado dedicado a la actividad de gestión de bienes inmuebles, cuyo patrimonio consista directa o indirectamente de modo principal en bienes inmuebles que se empleen por dicha sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado en su actividad empresarial.
2. A efectos de este párrafo, "de modo principal" en relación con la titularidad de bienes inmuebles significa que el valor de dichos inmuebles superan el 50 por 100 del valor agregado de todos los activos detentados por dicha sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado».

<sup>67</sup> Cf. Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.3 y ss.; Comentarios al MCONU, artículo 13, párr. 8.

de tributación compartida que evitará que el derecho de imposición del estado de la fuente se pueda ver erosionado por la interposición de sociedades<sup>68</sup>. De este modo, la mayor parte de la doctrina considera que nos encontramos en este caso ante una cláusula de carácter preferentemente antiabusivo<sup>69</sup>.

En este contexto, algunos estados han incluido en su red de convenios cláusulas de reorganización empresarial que tratan de excluir las ganancias que se pongan de manifiesto a través de la realización de operaciones de reorganización empresarial del ámbito de aplicación de esta cláusula antiabusivo<sup>70</sup>. Esta tendencia para excluir a las operaciones de reorganización empresarial del ámbito de aplicación de las cláusulas de sociedades inmobiliarias ha encontrado reflejo en los comentarios al MCOCDE, en que se incluye la referencia a esta exclusión como una posible alternativa para los estados en la negociación de sus convenios de doble imposición<sup>71</sup>. A estos efectos, la cláusula prevista en el artículo 13.4 del convenio de doble imposición entre Reino Unido y Hong Kong, de 2010, puede servir de modelo para esta tipología de cláusulas de reorganización empresarial:

«Las ganancias percibidas por un residente de un Estado contratante derivadas de la enajenación de acciones o intereses similares en una sociedad que derive más del 50 por 100 del valor de sus activos directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en el otro estado contratante podrán ser sometidos a imposición en dicho estado. Sin embargo, este párrafo no será de aplicación a las ganancias derivadas de la enajenación de acciones:

- a) Cotizadas en un mercado de valores reconocido; o
- b) enajenadas o intercambiadas en el contexto de la reorganización de una sociedad, una fusión, escisión u operación asimilada; o,

<sup>68</sup> *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.3.

<sup>69</sup> En la doctrina, entre otros, se ha destacado esta finalidad en los trabajos de, entre otros, SIMMONTACCHI (2007), pág. 320 y ss.; SOLER ROCH (2007), pág. 669; o ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN (2005), pág. 539.

<sup>70</sup> En concreto, estas cláusulas están contenidas en los siguientes convenios de doble imposición: Países Bajos-Vietnam [1995, art. 13.4]; Bélgica-Vietnam [1996, art. 13.4]; Países Bajos-Taiwán [2001, art. 13.2]; Bélgica-Hong Kong [2003, art. 13.4]; Azerbaiyán-Bélgica [2004, art. 4 del Protocolo, en relación con el art. 13.2 del convenio]; Países Bajos-Eslovenia [2004, art. 13.4]; Bélgica-República Democrática del Congo [2007, art. 13.4]; Bélgica-Ruanda [2007, art. 14.4]; Hong Kong-Luxemburgo [2007, art. 13.4]; Bélgica-Moldavia [2008 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Ghana-Países Bajos [2008, art. XII del Protocolo, en relación con el art. 13.4 del convenio]; Países Bajos-Reino Unido [2008, art. 13.4]; Azerbaiyán-Países Bajos [2008, art. 13.2 –debe notarse que este precepto combina una cláusula de sociedades inmobiliarias con una cláusula de participación sustancial–]; Chipre-Rusia [Protocolo de 2009 modificando el convenio de 1998, art. 13.5 introducido por el art. VII del Protocolo]; Hong Kong-Liechtenstein [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Reino Unido [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Austria-Hong Kong [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Kuwait [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Hungría [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Indonesia [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Países Bajos [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Países Bajos-Suiza [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Brunei-Hong Kong [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Irlanda [2010 –pendiente de ratificación–, subpárr. 3 del protocolo anexo en relación con el art. 13.4]; France-Hong Kong [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.1 b)]; Países Bajos-Panamá [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.6)]; Hong Kong-Suiza [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4 b)]; Hong Kong-Nueva Zelanda [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4 b)]; Luxemburgo-Panamá [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Suiza-Uruguay [2010, –pendiente de ratificación– art. 13.4 b)]; y República Checa-Hong Kong [2011–pendiente de ratificación–, art. 13.4 b)].

<sup>71</sup> *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.7.



- c) en una sociedad que derive más del 50 por 100 del valor de sus activos de bienes inmuebles en los que realice su actividad.»

Como puede apreciarse, la exclusión de las operaciones de reorganización empresarial del ámbito de aplicación de esta cláusula se incluye dentro de un listado constitutivo de operaciones a las que no es de aplicación la cláusula antiabuso. Si se analizan las operaciones incluidas en el listado, la idea subyacente para excluir a estas operaciones de la regla prevista en la cláusula de sociedades inmobiliarias parece ser el carácter de operaciones realizadas en un marco de *bona fide* empresarial que no tiene por objeto efectivamente la enajenación de los inmuebles subyacentes a través de la enajenación de las acciones de la sociedad inmobiliaria<sup>72</sup>.

De este modo, el estado de la fuente no podrá gravar las ganancias derivadas de la enajenación de estas acciones en el marco de una operación de reorganización empresarial, asegurando la neutralidad global de la operación al no interferir el derecho de imposición del estado de la fuente con el régimen de neutralidad fiscal concedido por el estado de la residencia<sup>73</sup>. Sin embargo, no es claro hasta qué punto esta exclusión implica que el estado de la fuente pierda el derecho a gravar las ganancias generadas en el curso de la operación de reorganización empresarial, incluso en un momento posterior, determinando que estas ganancias queden exentas en el estado de la fuente, o si, por el contrario, la aplicación de la cláusula solo previene el gravamen del estado de la fuente en el momento de realizarse la operación, sin que se excluya la aplicación de regímenes de diferimiento tributario en relación con estas ganancias que permitieran la posterior «recuperación» de las ganancias no gravadas por el estado de la fuente.

La doctrina parece unánime al considerar que en estos casos es aplicable la primera opción, de modo que las ganancias derivadas en la operación de reorganización quedarían definitivamente exentas del gravamen por el estado de la fuente<sup>74</sup>. De este modo, a los efectos de la imposición por el estado de la fuente, las posteriores ganancias que se generaran en ulteriores enajenaciones de estas acciones serían gravadas teniendo como valor de adquisición el valor de mercado que tenían en el momento de la operación de reorganización, quedando las ganancias no gravadas en el momento de la operación exentas de modo definitivo por el estado de la fuente<sup>75</sup>.

Esta solución es ciertamente coherente con la finalidad de la cláusula de sociedades inmobiliarias, de modo que las ganancias generadas en la operación de reorganización empresarial se considera-

<sup>72</sup> Cf. SIMMONTACCHI (2007), págs. 350-352.

<sup>73</sup> Vid. MARTÍN JIMÉNEZ (2009), pág. 330.

<sup>74</sup> La cláusula contenida en el artículo 13.4 del convenio entre Países Bajos y Reino Unido de 2008 es bastante clara a este respecto al establecer que las ganancias solo podrán ser gravadas por el estado de la residencia del sujeto que las enajene. En el mismo sentido se manifiestan BRUK y GIDIRIM (2009), págs. 467-468; LAU (2010), pág. 659, en relación con los convenios entre Chipre y Rusia y Francia y Hong Kong, respectivamente. Por otro lado, en el memorándum explicativo al convenio entre Reino Unido y Países Bajos elaborado por la administración tributaria británica [HM Revenue&Customs, *Explanatory memorandum to the draft double taxation relief and international tax enforcement (taxes on income and capital) (Netherlands) order 2008, 2009 no. 227*, disponible en [www.hmrc.gov.uk/international](http://www.hmrc.gov.uk/international). Última visita, 30 de abril de 2012] se señala que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en sociedades inmobiliarias a través de operaciones de reorganización solo serán gravadas por el estado de la residencia.

<sup>75</sup> Sin embargo, la cláusula prevista en el convenio entre Irlanda y Hong Kong constituye una importante excepción al incluir reglas específicas de valoración que permiten compatibilizar el diferimiento impositivo con la aplicación de dicha cláusula.

rán excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula antiabuso en la medida en que estas operaciones ya se encuentran sometidas a cláusulas antiabuso específicas, basadas en el examen de los motivos económicos subyacentes a la realización de la operación o el denominado *business purpose test*<sup>76</sup>, que justifican la exclusión de la aplicación de cláusulas antiabuso adicionales. De este modo, cabría afirmar que el objetivo de la operación de reorganización al no ser la enajenación de los activos subyacentes, determina la no aplicación de la cláusula antiabuso, sin perjuicio de no considerarse que la operación se realizara por motivos económicos válidos, dicha cláusula fuera finalmente aplicable.

### 3. Cláusulas de reorganización empresarial en el marco de la enajenación de participaciones sustanciales

La cláusula de participaciones sustanciales es una de las desviaciones más significativas del MCONU frente al MCOCDE<sup>77</sup>, sin perjuicio de que un elevado número de los estados miembros de esta última organización mantienen o han mantenido posiciones favorables a la inclusión de estas cláusulas en su red de convenios<sup>78</sup>. Estas cláusulas atribuyen de modo compartido al estado de la fuente y al estado de la residencia el derecho a gravar las ganancias derivadas de la enajenación por un no residente de una participación sustancial en una sociedad residente en el estado de la fuente. La participación sustancial se define en función del porcentaje de participación, de modo que trata de representar el control que ejerce el no residente en la sociedad a los efectos de atribuir al estado de la fuente el derecho de imposición sobre la base de la injerencia que el no residente tiene en la vida económica de dicho estado a través del control en la sociedad<sup>79</sup>. De este modo, se asimila la enajenación de la participación sustancial con la enajenación de los activos subyacentes en el caso de que la inversión en el estado de la fuente no hubiera sido canalizada a través de una filial, sino mediante un establecimiento permanente.

En el contexto de estas cláusulas, diversos estados han optado por incluir reglas especiales para las operaciones de reorganización empresarial destinadas a evitar que el gravamen de estas ganancias por parte del estado de la fuente distorsionara el tratamiento fiscal neutro de la operación. Sin embargo, frente a lo que sucede en el ámbito de las cláusulas de reorganización en el marco de cláusulas de sociedades inmobiliarias, donde se aprecia una elevada homogeneidad, en el caso examinado ahora la divergencia de soluciones es notable.

En este sentido cabe distinguir dos clases de cláusulas de reorganización empresarial en este ámbito. De un lado, existen cláusulas que incorporan reglas relativas al modo en que van a tributar las ganancias derivadas en el marco de la operación de reorganización empresarial en el estado de la

<sup>76</sup> *Vid.*, por todos, VANISTENDAEL (1998), págs. 908-909.

<sup>77</sup> *Vid.*, por todos, VOGEL (1997), artículo 13, n.m. 89 y ss.

<sup>78</sup> Ese es el caso de Francia (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 36), México (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 49); Corea (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 45) y Suiza (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 39). Otros estados miembros también incluyeron esta reserva, como es el caso de Japón (Comentarios al MCOCDE, versión 2008, art. 13, párr. 42) o España (Comentarios al MCOCDE, versión 2008, art. 13, párr. 45), habiendo retirado ambos estados esta reserva en la actualización de 2010 del MCOCDE.

<sup>79</sup> *Cf.*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 780.



fuente<sup>80</sup>. Estas cláusulas se configuran como una notable desviación a la configuración usual de las reglas previstas en los convenios de doble imposición que se basan en la distribución de los derechos de imposición sobre las rentas transfronterizas y no en la regulación de los aspectos de tributación material de estas rentas en los estados contratantes.

Un ejemplo de estas cláusulas puede encontrarse en el protocolo al convenio entre México y Países Bajos tras la modificación aprobada en 2009<sup>81</sup>:

«Para efectos del párrafo 4 del Artículo 13, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad residente en uno de los Estados únicamente estarán sometidas a imposición en el otro Estado, si:

A. la enajenación de acciones se lleva a cabo entre miembros del mismo grupo de sociedades, en la medida en que la remuneración recibida por la enajenante consista en acciones u otros derechos en el capital de la adquirente o de otra sociedad que sea propietaria, directa o indirectamente, del 80 por 100 o más de los derechos de voto y del capital de la adquirente y que sea residente de uno de los Estados o de un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información en los términos del Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal, pero únicamente si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) que la adquirente sea una sociedad residente en uno de los Estados o de un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información en los términos del Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal;
- b) que antes e inmediatamente después de la enajenación, la enajenante o la adquirente sea propietaria, directa o indirectamente, del 80 por ciento o más de los derechos de voto y del capital de la otra, o que una sociedad residente en uno de los Estados o de un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información en los términos del Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal sea propietaria, directa o indirectamente (a través de sociedades residentes en uno de esos Estados), del 80 por ciento o más de los derechos de voto y del capital de cada una de ellas; y
- c) para efectos de determinar la ganancia sobre cualquier enajenación posterior,
  - i) el costo inicial de las acciones para la adquirente se determinará con base en el costo que tuvo para la enajenante, incrementado con el importe de los pagos en efectivo u otra remuneración distinta de las acciones u otros derechos pagados; o

<sup>80</sup> Esta tipología de cláusulas se encuentra en los siguientes convenios: Israel-Estados Unidos [1975, art. 15.2.c) en la redacción dada por el segundo protocolo al convenio de 1993 (art. X del protocolo)]; Canadá-Francia [1975, art. 13.4 en la redacción dada por el segundo protocolo al convenio de 1987 y antes de su supresión por el protocolo de 1995]; Países Bajos-Nigeria [1991, art. 5 del protocolo en relación con el art. 13.4 del convenio]; México-Estados Unidos [1992, art. 13 del protocolo en relación con el art. 13.4 del convenio]; España-Estados Unidos [1990, subpárr. 10 del protocolo en relación con el art. 13.4]; Países Bajos-México [1993, art. 15 del protocolo al convenio de 2008, en relación con el art. 13.4 del convenio]; Países Bajos-Arabia Saudí [2008, art. 13.4 en relación con el art. 13.3]; y México-Suiza [2009, art. V del protocolo en relación con el art. 13.7 del convenio].

<sup>81</sup> Artículo 15 del protocolo al convenio de 2008, en relación con el artículo 13.4 del convenio.

- ii) la ganancia se calculará mediante otro método que proporcione substancialmente el mismo resultado.

No obstante lo anterior, si se recibe efectivo u otra remuneración distinta a las acciones u otros derechos, el monto de la ganancia (limitada al monto del efectivo u otra remuneración distinta de las acciones u otros derechos recibidos), podrá someterse a imposición en el Estado del que sea residente la sociedad cuyas acciones son enajenadas.»

Esta cláusula extiende el régimen de consolidación fiscal mejicano a las reorganizaciones intra-grupo realizadas por sociedades holandesas que determinen la enajenación de una participación sustancial sobre una sociedad mejicana<sup>82</sup>. Debe notarse que la cláusula no solo es aplicable a las operaciones realizadas entre sociedades residentes en Holanda, sino que también se extiende a determinados supuestos transfronterizos cuando la sociedad beneficiaria, además de pertenecer al grupo de empresas, reside en un territorio que cuente con un acuerdo de intercambio de información con México<sup>83</sup>.

Esta cláusula solo será aplicable a determinadas operaciones de reorganización intragrupo, entre otras a las aportaciones de activos consistentes en una participación sustancial o a los supuestos de canjes de acciones. Como puede apreciarse, el estado de la fuente no gravará la operación en el momento en que tiene lugar a cambio de asegurar el mantenimiento de su poder de imposición sobre dichas ganancias mediante la aplicación de las reglas de continuidad valorativa establecidas en el convenio. De este modo, se podrá asegurar la neutralidad fiscal de la operación a nivel transfronterizo, al mismo tiempo que el estado de la fuente verá como sus derechos de imposición se ven asegurados en el futuro. No obstante, pueden plantearse problemas en momentos posteriores por las diferencias entre las normativas domésticas del estado de la residencia y del estado de la fuente, que pueden dar lugar a sobreimposiciones derivadas de la divergencia en el momento futuro de las reglas de valoración.

Junto a esta clase de cláusulas cabe encontrar otras cláusulas de reorganización empresarial en este ámbito que, en lugar de incorporar reglas materiales de tributación de las ganancias en el estado de la fuente, excluyen del derecho de imposición del estado de la fuente las ganancias generadas en el curso de la operación de reorganización empresarial<sup>84</sup>. Un ejemplo de estas cláusulas puede encontrarse en el artículo 13.4 del convenio entre Bélgica y Túnez de 2001:

<sup>82</sup> *Vid.*, en este sentido, BRAUNER (2008), págs. 523-526, en relación con una cláusula similar contenida en diversos convenios estadounidenses.

<sup>83</sup> Como correctamente señala VAN'THEK (2008), págs. 886-887, la aplicación de esta cláusula a los supuestos en que la sociedad adquirente es residente en un tercer estado con el que México tenga un acuerdo de intercambio de información es inconsistente con los efectos relativos de los convenios de doble imposición, ya que solo los residentes en uno de los estados contratantes podrá acceder a la aplicación del convenio. Por tanto, el único caso triangular en que el convenio será aparentemente aplicable es aquel en que la sociedad adquirente, siendo residente en Países Bajos, entrega como contraprestación acciones de la sociedad matriz, la cual es residente en un tercer estado que tiene un acuerdo de intercambio de información con México.

<sup>84</sup> Canadá-Francia [1975, art. 13.4, antes de su modificación por el protocolo firmado en 1987]; India-Países Bajos [1988, art. 13.5]; Francia-Suecia [subpárr. 1 del protocolo suplementario de 1991 al convenio suscrito en 1990]; Francia-Austria [1993, art. 13.3.b)]; México-Países Bajos [1993, art. 13.4]; Francia-Israel [1995, art. 13.2.c)]; Francia-Japón [1995, art. 13.2.b)]; Francia-España [1995, art. 13.2.b)]; Irlanda-México [1998, art. 13.3]; Bélgica-Kazakstán [1998, art. 8 del protocolo en relación con el art. 13.2 del convenio]; Luxemburgo-México [2001, art. 13.2]; Japón-Reino Unido [2006, art. 5 del canje de notas en relación con el art. 13.3 del convenio]; y Australia-Japón [2008, art. 18 del protocolo en relación con el art. 13.3 del convenio].

«Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones que formen parte de al menos un 25 por 100 del capital de una sociedad que es residente en un estado contratante pueden ser sometidas a imposición en dicho estado, salvo que la enajenación de estas acciones o participaciones sea consecuencia de una fusión, aportación de activos (fusión parcial) o de un canje de acciones.»

Mediante esta cláusula se evita que el estado de la fuente grave las ganancias derivadas de la operación en el momento de su realización, respetándose así la neutralidad global de la operación. Sin embargo, no dejan de plantearse dudas en relación con la posibilidad de que la aplicación de estas cláusulas conlleve la exención definitiva de las ganancias por parte del estado de la fuente o, si por el contrario, la aplicación de regímenes de diferimiento es compatible con estas cláusulas. Ha de tenerse en cuenta que la primera opción determinaría que la neutralidad de la operación se lograría a expensas del derecho de imposición del estado de la fuente<sup>85</sup>.

Este extremo ha sido objeto de discusión por la doctrina internacional sin que se pueda considerar que exista una posición clara al respecto<sup>86</sup>. Frente a lo que sucede en el caso de las cláusulas de reorganización en el marco de cláusulas de sociedades inmobiliarias, en que la *ratio* de la cláusula es la prevención de conductas abusivas, en el marco de las cláusulas de participaciones sustanciales, la finalidad de la norma no es la prevención de estas conductas, sino otorgar el derecho de imposición al estado de la fuente en casos donde el no residente interviene en la vida de dicho estado de modo significativo a través del control de una sociedad residente<sup>87</sup>. De este modo, no es tan claro que la aplicación de la cláusula de reorganización conduzca a la exención definitiva de las ganancias por parte del estado de la fuente. Sin embargo, la naturaleza distributiva de la cláusula, derivada de la carencia de reglas materiales entendemos que hace que la exención de estas ganancias deba ser considerada como la solución más acorde con el sentido de la cláusula, pues, de otro modo, el estado de la fuente sería capaz de gravar a posteriori las ganancias que la cláusula expresamente excluye del ámbito de su derecho de imposición. En cualquier caso, ha de notarse que la práctica de los diversos estados que han incluido cláusulas de este tipo no ha sido homogénea y difícilmente se pueda hablar de una infracción del convenio por el estado de la fuente si mantiene la aplicación del régimen de diferimiento en la aplicación de esta cláusula si no ha sido incluida ninguna previsión en otro sentido en la norma convencional o en otro instrumento que forme parte del contexto de la cláusula. En la medida en que en España han surgido problemas en la aplicación de una cláusula de este tipo, nos centraremos en este debate más adelante.

#### 4. Cláusulas comprensivas

Frente a las anteriores cláusulas que solo afectan a una determinada categoría de ganancias patrimoniales, algunos estados se han mostrado más ambiciosos al negociar sus convenios de doble imposición y han optado por incluir cláusulas de reorganización que no limitan su ámbito de aplica-

<sup>85</sup> *Vid.*, International Fiscal Association (2001), pág. 54.

<sup>86</sup> Así, parecen apoyar la primera opción VAN'THEK, BRAVO y CHACÓN (2002), pág. 583; ULMER (2001), págs. 111-113; HORTALÀ VALLVÉ (2007), pág. 470; o CENCERRADO MILLÁN (2008), pág. 476. Por el contrario, parecen apoyar la segunda opción RAVEN-TÓS CALVO y DE JUAN (1997), pág. 41; SAMPLÓN SALVADOR (2005), págs. 22-25; o MARTÍNEZ MIER (2010), págs. 140-141.

<sup>87</sup> *Cf.*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 780.

ción a una determinada categoría de ganancias de capital. Debe notarse que la mayor parte de estas cláusulas se encuentra en la red de convenios suscritos por Estados Unidos y Canadá sobre la base de la cláusula prevista en el artículo XII(8) del convenio bilateral suscrito por ambos estados en 1980. Esta cláusula será objeto de análisis separado en un apartado posterior por la importancia que ha tenido en el ámbito de la fiscalidad internacional y al servir como un excelente ejemplo de cooperación entre estados a la hora de afrontar los problemas derivados de la existencia de factores transfronterizos en las operaciones de reorganización empresarial. Por lo tanto, el análisis en el presente apartado comprenderá únicamente las cláusulas que no siguen el modelo previsto en el citado convenio.

A este respecto se han de destacar tres tipologías diversas de cláusulas. En primer lugar, existen cláusulas que atienden al recurso al procedimiento amistoso entre administraciones como mecanismo para poder solventar los obstáculos que surgen en el contexto de estas operaciones. Este mecanismo se encuentra presente en dos antiguos convenios firmados por Suiza con Alemania y con Austria<sup>88</sup>. En ambos casos, se prevé que las administraciones tributarias de los estados contratantes puedan llegar a un acuerdo para evitar los obstáculos que surgen en el contexto de estas operaciones. Dicho acuerdo se realizaría en el marco del procedimiento amistoso entre administraciones previsto en el artículo 25(3) del MCOCDE. Sin embargo, la virtualidad de estas cláusulas es muy reducida, ya que no establece una obligación de resultados, más allá de la posible negociación entre administraciones tributarias<sup>89</sup>. El tenor literal de la cláusula prevista en el protocolo al convenio de 1971 entre Alemania y Suiza:

«En el caso de reorganizaciones empresariales (cambio del tipo social, la aportación de una sociedad matriz de un establecimiento permanente a su filial, fusiones o escisiones), las autoridades competentes se comunicarán entre ellas sobre la base del artículo 26 (procedimiento amistoso), con el objetivo de dilucidar el mecanismo mediante el cual se puedan evitar las dificultades derivadas de los efectos concurrentes de las legislaciones nacionales.»

Junto a estas cláusulas, en segundo lugar, cabría analizar otras cláusulas comprensivas que establecen su aplicación automática a los efectos de asegurar el diferimiento en el reconocimiento de las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de la operación sin establecer reglas específicas sobre su aplicación. Este tipo de cláusulas se encuentra en dos convenios suscritos por España (con México y Argentina) y en el convenio entre Argentina y Países Bajos<sup>90</sup>, la cual reproduce en gran medida la previsión contenida en el convenio hispano argentino, de modo que serán objeto de análisis con el resto de cláusulas de reorganización empresarial incluidas en la red española de convenios de doble imposición.

Finalmente, cabe apreciar una última clase de cláusulas de reorganización en este ámbito, incluida únicamente en el convenio suscrito entre Países Bajos y Zimbabue. Esta cláusula establece

<sup>88</sup> Cf. adenda al artículo 26 (procedimiento amistoso) de la nota explicativa al convenio de 1971 entre Alemania y Suiza y adenda al artículo 25 (procedimiento amistoso) contenida en el protocolo de negociación de 1973 al convenio de 1973 entre Austria y Suiza.

<sup>89</sup> *Id.*, International Fiscal Association (2001), págs. 53-54. Según se señala en dicho trabajo, solo un caso ha sido objeto de este procedimiento. Dicho caso implicaba la aportación de un establecimiento permanente situado en Alemania por parte de una sociedad suiza a su filial alemana. Aparentemente, el estado de la residencia consideró dicha operación como sujeta a tributación inmediata en la medida en que así era tratada por el estado de la fuente.

<sup>90</sup> Cf. subpárr. IX del protocolo al convenio de 1996 entre Argentina y Países Bajos.

la extensión directa del régimen fiscal zimbabuense para las operaciones de reorganización empresarial realizadas por sociedades holandesas<sup>91</sup>. En cualquier caso, esta extensión directa del régimen interno a la operación realizada por sociedades no residente puede llegar a tener consecuencias negativas en el momento futuro, debido a las disparidades entre las normativas domésticas del estado de la fuente y del estado de la residencia en relación con las normas de valoración y los eventos que se entiendan que puedan dar lugar a la generación de ulteriores ganancias de capital.

## 5. Las cláusulas de reorganización empresarial incluidas en la red de convenios española

La red de convenios suscritos por España incluye cuatro convenios en los que están presentes cláusulas de reorganización empresarial. Se trata de cuatro convenios suscritos durante la primera mitad de la década de los noventa con cuatro de nuestros principales socios comerciales: Francia, Estados Unidos, Argentina y México. En el caso de las cláusulas con Estados Unidos y Francia, nos encontramos ante cláusulas de reorganización empresarial que se aplican en el contexto de cláusulas de participación sustancial. Por su parte, los convenios con Argentina y México contienen cláusulas que aparentemente no restringen su ámbito de aplicación a determinadas clases de ganancias en función de su naturaleza, sino que lo extienden a toda ganancia de capital con independencia de la naturaleza de los activos que las generaron, siendo así calificadas como cláusulas comprensivas.

En el caso del convenio con Francia, el artículo 13.2 b) establece, en el marco de la cláusula de participación sustancial prevista en el artículo 13.2 a), lo siguiente:

«Sin embargo, cuando las ganancias que se deriven de la enajenación por un residente de un Estado contratante, de acciones, participaciones u otros derechos que constituyan una participación sustancial en una sociedad que es un residente del otro Estado contratante sean objeto de un diferimiento impositivo en el primer Estado conforme a su legislación, en el marco de un régimen fiscal específico para sociedades de un mismo grupo o de una fusión, escisión, aportación de activos, o de un canje de acciones, estas ganancias solo pueden someterse a imposición en este primer Estado».

Esta cláusula establece la exclusión del derecho de imposición del estado de la fuente en el caso de enajenación de participaciones sustanciales en el contexto de una operación de reorganización empresarial que se beneficie de un régimen de diferimiento impositivo en el estado de la residencia. De este modo, se asegura la neutralidad que es concedida por el estado de la residencia. Sin embargo, la aplicación de esta cláusula no excluye las dudas referidas anteriormente acerca de la posible compatibilidad de estas cláusulas con los regímenes internos de diferimiento del estado de la fuente.

Sobre este aspecto ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Dirección General de Tributos en la contestación a la Consulta Vinculante V0981/2005 (NFC020923), de 1 de junio. En dicho caso, se producía la enajenación de una participación sustancial en una sociedad española por parte de una sociedad francesa, como consecuencia de la absorción de la sociedad española por otra sociedad residente en España. La Dirección General de Tributos no cuestionó que la situación se encontrara ampa-

<sup>91</sup> *Vid.* adenda del protocolo al artículo 13 del convenio de 1989 entre Países Bajos y Zimbabue.

rada por la cláusula convencional, a pesar de que podría plantearse que no fuera el supuesto que pretendía proteger esta previsión. Esto es así puesto que en este caso no es a nivel societario donde se planteaban los problemas de diferimiento global de la operación, sino desde la perspectiva del socio no residente en una operación de reorganización empresarial realizada en el estado de la fuente.

En cualquier caso, la Dirección General de Tributos, ante la cuestión de si el régimen de diferimiento doméstico es compatible con la aplicación de la cláusula convencional, responde de modo afirmativo, basándose en la aplicación de la Directiva de fusiones al ser ambos estados contratantes, estados miembros de la Unión Europea y haberse suscrito el convenio tras la aprobación de la Directiva. Sin embargo, este razonamiento no puede ser compartido, pues el supuesto de hecho no se encontraría cubierto por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva, pues se trataba de una operación puramente interna<sup>92</sup>. Desafortunadamente, la Dirección General de Tributos no advierte este aspecto en su resolución. Con todo, la administración tributaria española podría haberse planteado que la experiencia francesa en la inclusión de estas cláusulas incluía otros estados que no eran miembros de la Unión Europea, por lo que difícilmente pudiera ser considerado como objetivo de dicha cláusula el de extender el régimen previsto en la Directiva a operaciones no cubiertas<sup>93</sup>.

Con todo, aunque la Directiva de fusiones no fuera de aplicación al supuesto referido, la solución a la que llega la Dirección General de Tributos no deja de ser razonable a la vista de la confusión existente entre la doctrina. Sin embargo, a la luz de la literalidad del convenio, no parece coherente la posibilidad de que el estado de la fuente pueda «recapturar» las ganancias no gravadas en el momento de realizarse la fusión a través del mecanismo del diferimiento, pues ello nos llevaría a que, finalmente, el estado de la fuente acabara gravando ganancias que «solo pueden someterse a imposición» en el estado de la residencia. De este modo, la cláusula prevista en este convenio no puede calificarse de otro modo que como cláusula distributiva, que atribuye en exclusiva al estado de la residencia el poder de imposición sobre estas ganancias.

De considerarse esta incompatibilidad del régimen de diferimiento con la aplicación de la cláusula se aseguraría que las ganancias tributaran únicamente en el estado de la residencia, evitando que pudieran surgir otros problemas derivados de las divergencias entre los regímenes de diferimiento de cada estado que, como hemos resaltado, pueden ser el origen de posteriores problemas de doble imposición. Ahora bien, no puede perderse de vista que este mecanismo asegura la neutralidad fiscal de la operación a nivel transfronterizo a costa del derecho de imposición del estado de la fuente<sup>94</sup>, que deberá dejar exentas estas ganancias con la consecuente actualización de valores. No obstante, la aplicación de esta exención, tal y como está configurada la cláusula, es recíproca, por lo que no cabría plantear un desnivel entre los estados parte de estos convenios, especialmente cuando todos ellos pueden ser calificados como estados desarrollados<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> *Vid.*, artículo 1 a) de la Directiva de fusiones.

<sup>93</sup> De hecho cuando se suscribieron los convenios entre Francia y Austria y Francia y Suecia, Austria y Suecia no habían accedido todavía a la Unión Europea.

<sup>94</sup> Cf., International Fiscal Association (2001), pág. 54.

<sup>95</sup> Así sucede en los convenios suscritos por Francia con Austria, Israel, Suecia o Japón. Debe notarse que todos estos estados forman parte en la actualidad de la OECD, por lo que han de considerarse como estados desarrollados.



La cláusula prevista en el convenio con Estados Unidos es de aplicación también en el contexto de una cláusula de participación sustancial. El tenor de esta cláusula es el siguiente:

«A los efectos del apartado 4 (del art. 13, que prevé la cláusula de participación sustancial), una enajenación no incluye la transmisión de acciones entre miembros de un grupo de sociedades en régimen de declaración consolidada en la medida en que la contraprestación recibida por la transmitente consista en una participación u otros derechos en el capital de la adquirente o de otra sociedad residente del mismo Estado contratante que detente directa o indirectamente el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de la adquirente, si:

- i. La transmitente y la adquirente son sociedades residentes del mismo Estado contratante.
- ii. La transmitente o la adquirente detentan, directa o indirectamente, el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de la otra, o una sociedad residente del mismo Estado contratante detenta directa o indirectamente (a través de sociedades residentes del mismo Estado contratante) el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de cada una de ellas.
- iii. Para la determinación de la ganancia de capital en cualquier transmisión ulterior, el coste inicial del activo para la adquirente se determina en base al coste que tuvieron para la transmitente incrementado, en su caso, en la cuantía del efectivo u otros bienes entregados.

No obstante lo anterior, si se recibe efectivo o bienes distintos de dicha participación o derechos, la cuantía de la ganancia de capital (hasta el límite de la cuantía del efectivo o bienes recibidos) puede someterse a imposición en el otro Estado contratante.»

A diferencia de lo que sucede en el caso del convenio con Francia, la cláusula prevista en el convenio entre España y Estados Unidos es de facto únicamente de aplicación desde la perspectiva española, pues Estados Unidos no sujeta a imposición las ganancias obtenidas por no residentes a través de la enajenación de acciones o participaciones en sociedades residentes en Estados Unidos<sup>96</sup>. De este modo, la cláusula se convierte en un supuesto de exportación del régimen doméstico de consolidación fiscal estadounidense, a los efectos de evitar que la imposición por parte del estado de la fuente (España) pudiera afectar a determinadas operaciones de reorganización intragrupo<sup>97</sup>. La cláusula, que ha servido de modelo a otras cláusulas incluidas en convenios estadounidenses o, como hemos visto, mejicanos, establece reglas materiales para la aplicación del diferimiento por parte del estado de la fuente, de modo que se asegura la posible recuperación de las ganancias diferidas por parte del estado de la fuente ante una posterior enajenación, siempre que se mantenga el derecho de imposición de este estado para gravar la posterior enajenación<sup>98</sup>. En cualquier caso, debe notarse que

<sup>96</sup> *Vid.*, en este sentido, los comentarios al artículo 13.4 contenidos en la explicación técnica del convenio de 1992 entre Estados Unidos y México elaborada por el Departamento del Tesoro estadounidense.

<sup>97</sup> Se tratarían de los casos de aportaciones de participaciones sustanciales en sociedades residentes en España a filiales residentes en Estados Unidos por parte de sus matrices residentes en dicho estado y de los casos de canjes de acciones que constituyan participaciones sustanciales en sociedades residentes en España entre sociedades del mismo grupo residentes en Estados Unidos. Cf. BRAUNER (2008), págs. 886-887.

<sup>98</sup> En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2009 (rec. 3545/2003) en la que en el contexto de esta cláusula una sociedad matriz estadounidense, titular de una participación sustancial en una sociedad

pese a lo detallado de la cláusula, pueden todavía surgir problemas por las disparidades entre legislaciones al tratar de exportar el régimen fiscal del estado de la residencia al estado de la fuente. Tal sería el caso del gravamen de la eventual contraprestación en efectivo recibida en el canje, que, en el *Internal Revenue Code* estadounidense tributa en el momento de realizarse la operación<sup>99</sup>; mientras que conforme al derecho español reducirá el valor de adquisición de las acciones<sup>100</sup>.

Finalmente, en relación con las cláusulas suscritas con México y Argentina, debe destacarse el carácter comprensivo de ambas cláusulas, cuyo ámbito de aplicación no se restringe a un tipo determinado de ganancias de capital. En el caso del convenio con México<sup>101</sup>, la cláusula de reorganización establece lo siguiente:

«Cuando con motivo de una reorganización de sociedades que sean propiedad de un mismo grupo de accionistas, un residente de un Estado contratante enajene bienes con motivo de una fusión o escisión de sociedades, o de un canje de acciones, se diferirá el reconocimiento de la ganancia derivada de la enajenación de dichos bienes para los efectos de los impuestos sobre la renta en el otro Estado contratante, hasta el momento en que se efectúe una enajenación posterior que no cumpla con los requisitos que establece este párrafo para el diferimiento de la ganancia.»

Esta cláusula establece el diferimiento impositivo para determinadas operaciones de reorganización empresarial realizadas por sociedades bajo control común. El diferimiento, como se señala en la cláusula, es aplicable hasta que tenga lugar una enajenación posterior de los activos en el marco de una operación que no cumpla dichos requisitos. De este modo se asegura la neutralidad fiscal en relación con la reorganización por parte de ambos estados. Con todo, la falta de definición de las operaciones a que se aplica dicha cláusula, frente a lo que sucedía en los casos anteriores, puede generar problemas relacionados con la interpretación convencional<sup>102</sup>.

En el caso del convenio con Argentina, la cláusula de reorganización crea quizá mayores dudas de las que trata de despejar. El tenor de esta cláusula es el siguiente<sup>103</sup>:

española decidió dividir esta participación mediante sendas aportaciones de la mitad de la participación sustancial a dos filiales estadounidenses, aplicando de tal modo la cláusula de reorganización. Posteriormente las filiales procedieron a enajenar a un tercero la parte de la participación sustancial recibida de modo que no enajenaban individualmente una participación que fuera calificada como sustancial a los efectos del convenio. De este modo en cada enajenación separada no se superaba el umbral para aplicar la cláusula de participación sustancial y España no habría podido gravar la ganancia. El Tribunal Supremo apreció un supuesto de simulación en este caso al constatar la unidad de propósito en las operaciones que se habían estructurado con la única finalidad de evitar la imposición de fuente española. Sobre esta sentencia, *vid.*, VEGA BORREGO (2011), págs. 116-122.

<sup>99</sup> *Vid.*, sección 356(a) (1) del *Internal Revenue Code* estadounidense.

<sup>100</sup> *Vid.*, artículo 87.3 del TRLIS.

<sup>101</sup> *Vid.*, artículo 8 c) del protocolo en relación con el artículo 13 del convenio suscrito en 1992.

<sup>102</sup> A este respecto, ha de notarse que la falta de definición de los términos empleados para definir las operaciones a que es de aplicación la cláusula podría conducir a la aplicación del derecho interno del estado de la fuente para definir las operaciones conforme al artículo 3.2 del convenio. Esta opción haría de imposible aplicación estas cláusulas en casos en que difirieran las normativas internas que definen estas operaciones. Por ello, varios autores interpretan que en este caso se debería considerar el derecho interno del estado de la residencia como parte integrante del contexto de la cláusula a efectos de permitir su aplicación por parte del estado de la fuente. *Vid.*, en este sentido, BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 328-329; VAN'THEK y MIRANDA (2007), pág. 254; VAN'THEK, BRAVO y CHACÓN (2002), pág. 583; MAISTO (2005), pág. XXV.

<sup>103</sup> Cf. artículo 5 del protocolo al convenio suscrito en 1992 en relación con el artículo 13.



«Las meras transferencias de activos efectuadas por un residente de un Estado contratante con motivo de un proceso de reorganización empresarial no producirán efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cada uno de los Estados contratantes.»

La intención de la cláusula parece clara, al determinar la extensión de los regímenes domésticos de reorganizaciones empresariales a las operaciones realizadas por sujetos no residentes. Sin embargo, al menos desde la perspectiva española, difícilmente podría ser aplicable esta cláusula. En primer lugar, porque al no definirse las operaciones a que se aplica, desde la perspectiva española podrían plantearse problemas interpretativos al carecer de un concepto fiscal de reorganización empresarial, a diferencia de lo que sucede en Argentina<sup>104</sup>. Por otro lado, la falta de coincidencia de operaciones a que se aplican los regímenes fiscales especiales de ambos estados haría que el recurso a la mera extensión del régimen especial a las operaciones realizadas en el otro estado no implicara necesariamente que la operación se beneficiaría del diferimiento impositivo en ambos estados. Junto a estos problemas, la falta de precisión en relación con los aspectos materiales de la cláusula («no producirán efectos fiscales») es notoria. Sin embargo, cabe interpretar fácilmente, gracias a la remisión a la normativa interna del estado de la fuente, que dichos aspectos materiales no serán otros que el diferimiento que se encuentre previsto en la normativa nacional.

## 6. La cláusula de reorganización del artículo XIII(8) del convenio entre Canadá y Estados Unidos

El convenio de 1980 entre Canadá y Estados Unidos incluye en su artículo XIII(8) la cláusula de reorganización empresarial que, sin duda alguna, ha tenido mayor recorrido en el ámbito de la fiscalidad internacional. Tanto Estados Unidos como, especialmente, Canadá han incorporado cláusulas basadas en la referida previsión en algunos de sus convenios de doble imposición<sup>105</sup>, así como han desarrollado en su normativa interna los procedimientos para asegurar la aplicación de la cláusula<sup>106</sup>. El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

«Cuando un residente de un estado contratante enajene activos en el contexto de una organización, reorganización, amalgamación, escisión u otra operación similar societaria o no, y no se reconozcan beneficios, rentas o ganancias a los efectos tributarios de dicho estado, a solicitud de la persona que adquiere los activos, la autoridad competente del otro estado puede acordar el diferimiento del reconocimiento de los beneficios, rentas o ganancias derivados de dichos activos a efectos de la imposición en dicho estado

<sup>104</sup> *Vid.*, artículo 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias argentino.

<sup>105</sup> En concreto, cláusulas de este tipo se han incluido en los siguientes convenios: Canadá-Estados Unidos [1980, art. XIII(8)]; Canadá-Países Bajos [1986, art. 13.6]; Canadá-México [1991 –terminado–, art. 13.5]; Canadá-Zimbabue [1992, art. 14.6]; Países Bajos-Estados Unidos [1992, art. 14.8]; Canadá-Hungría [1992, art. 14.6]; Estonia-Canadá [1995, art. 13.5]; Canadá-Letonia [1995, art. 13.5]; Canadá-Lituania [1996, art. 13.5]; Canadá-Tanzania [1995, art. 13.6]; Suiza-Estados Unidos [1996, art. 13.6]; Canadá-Suiza [1997, art. 13.5]; Canadá-Islandia [1997, art. 13.5]; Canadá-Luxemburgo [1999, art. 13.6]; Dinamarca-Estados Unidos [1999, art. 13.8]; Venezuela-Canadá [2001, art. 13.8]; Canadá-Alemania [2001, art. 13.5]; Canadá-Perú [2001, art. 13.5]; Canadá-Italia [2002 –pendiente de ratificación–, art. 13.5]; Canadá-Mongolia [2002, art. 13.5]; Canadá-Noruega [2002, art. 13.9]; Canadá-Finlandia [2006, 13.6]; y Canadá-Corea [2006, art. 13.9].

<sup>106</sup> En el caso estadounidense, el procedimiento para la aplicación de esta cláusula se encuentra regulado en el *Revenue Procedure* 98-21 (1998-1 CB 585). En el caso canadiense, el marco legal general para la adopción de estos acuerdos se encuentra en la sección 115(1) del *Income Tax Act* de 1985, desarrollado en la actualidad en los párrs. 72-85 del *Canadian Revenue Agency's Interpretation Bulletin* 71-17R5, January 1, 2005 («Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions»).

hasta el momento y en el modo que sean estipulados en el acuerdo con el objetivo de evitar la doble imposición, y sujeto a los términos y condiciones que sean satisfactorias para la autoridad competente.»

Debe notarse que esta cláusula sufrió una modificación en 1995 a los efectos de ampliar el ámbito de aplicación originario e incluir también operaciones de reorganización empresarial que fueran realizadas por entidades en régimen de atribución de rentas<sup>107</sup>. En cualquier caso, la característica más notable de esta cláusula consiste en el recurso al procedimiento amistoso como mecanismo para que el no residente pueda solicitar el diferimiento impositivo ante la autoridad competente del estado de la fuente<sup>108</sup>. Esta previsión se desvía así de lo previsto generalmente en el ámbito del procedimiento amistoso del artículo 25 del MCOCDE que impone que el sujeto que lo inicie deba hacerlo ante la autoridad competente de su estado de residencia<sup>109</sup>. Por otro lado, frente a lo que sucede en el resto de cláusulas, pese a encontrarse situada en el artículo del convenio referido a ganancias de capital, la cláusula no solo es aplicable a aquellas, con independencia de la naturaleza del activo que las generó, sino que se extiende a otras rentas que hubieran sido generadas en el curso de la operación y gravadas de conformidad con otra regla distributiva, es decir, es un cláusula global (*catch-all clause*)<sup>110</sup>. Con todo, ha de notarse que nos encontramos ante un supuesto de concesión discrecional por la administración tributaria del estado de la fuente del beneficio fiscal, opción que, a pesar de tratar de dotar a esta cláusula de una elevada flexibilidad, ha sido objeto de crítica por la doctrina por la inseguridad jurídica que introduce<sup>111</sup>.

El beneficio fiscal contenido en esta cláusula requiere, en primer lugar, que la operación se haya beneficiado de un régimen de diferimiento impositivo en el estado de la residencia. A este respecto, en el desarrollo de la cláusula las administraciones tributarias han mostrado una elevada flexibilidad, ya que se ha pasado de requerir que el contribuyente aportara un certificado expedido por la administración tributaria de su estado de residencia afirmando la aplicación del régimen especial<sup>112</sup>, a bastar con la aportación de opiniones razonadas por parte de expertos independientes<sup>113</sup>, como consecuencia de las dificultades para el cumplimiento del requisito anterior<sup>114</sup>.

<sup>107</sup> *Vid.*, artículo 5 del protocolo de 1995 al convenio entre Estados Unidos y Canadá. Esta referencia también se ha incluido en buena parte de los convenios suscritos por Estados Unidos y Canadá que incluyen cláusulas de este tipo. Así sucede en los convenios canadienses con Países Bajos, Hungría, Tanzania, Islandia, Luxemburgo, Venezuela, Perú, Italia, Mongolia, Finlandia y Corea. En caso de Estados Unidos, se incluye esta referencia en el convenio con Dinamarca. Sobre los problemas derivados de la extensión de esta cláusula a operaciones en que intervienen entidades en atribución de rentas, *vid.*, BROWN y MANOLAKAS (1997), pág. 326 y ss.

<sup>108</sup> Cf. BRAUNER (2005), pág. 1.068.

<sup>109</sup> *Vid.*, artículo 25.1 del MCOCDE y Comentarios al MCOCDE, artículo 25, párrs. 7 y 13.

<sup>110</sup> *Vid.* BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 330-331.

<sup>111</sup> Cf. ROSENBLUM y SHORT (2000), pág. 11:1 y ss.

<sup>112</sup> En este sentido, *vid.*, ULMER (2001), págs. 110-111.

<sup>113</sup> *Vid.*, en el caso canadiense el párr. 80 del *Canadian Revenue Agency's Interpretation Bulletin 71-17R5* y HILL (2006), págs. 18-20. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la administración tributaria canadiense, en caso de conceder el diferimiento mediante la aportación de una opinión razonada, requiere que, posteriormente, se confirme la aplicación del régimen fiscal especial por parte de la administración tributaria estadounidense. *Vid.*, en relación con los mecanismos de intercambio de información en el contexto de estas cláusulas, el *Revenue Procedure 98-21*, 1998-1 CB 585; sección 3.03, para el caso estadounidense, y, en el caso de Canadá, *Income Tax Information Circular 71-17R5, Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions*, 1 de enero de 2005, párr. 81.

<sup>114</sup> Así señalaba ULMER (2001), pág. 110, que el plazo medio para obtener el certificado afirmando la aplicación del régimen fiscal especial por parte de la administración tributaria estadounidense solía tener una duración promedio de un año.

Junto a ello, es requisito que el contribuyente pueda probar que potencialmente va a sufrir un supuesto de doble imposición (económica o jurídica) internacional de no aplicarse el diferimiento por parte del estado de la fuente<sup>115</sup>. Este requisito está en línea con los objetivos de los convenios de doble imposición y con la inclusión de estas cláusulas como mecanismos destinados exclusivamente para la evitación de la doble imposición que pudiera surgir en el curso de operaciones de reorganización empresarial<sup>116</sup>. Con el cumplimiento de este objetivo, en principio, se trata de evitar que la cláusula de reorganización pueda ser considerada como una opción de política fiscal material, en lugar de una cláusula destinada a evitar la doble imposición.

No obstante dicha afirmación, mantenida por las administraciones tributarias de ambos estados no es fácilmente admisible. En primer lugar, porque es claro que existe una determinada opción de política fiscal en estos casos al acudir al instrumento del diferimiento global, pues, como hemos visto, la doble imposición se podría solucionar mediante mecanismos unilaterales. Por otro lado, porque en otros convenios que incluyen cláusulas del mismo tipo, el requisito relativo a la potencial doble imposición no se ha incluido<sup>117</sup>.

Finalmente, en otras ocasiones, los estados que han suscrito convenios con estas cláusulas optaban por la aplicación del mecanismo de exención para eliminar la doble imposición<sup>118</sup>, lo que excluiría, desde su perspectiva, la eventual producción de supuestos de doble imposición. Es por ello que puede considerarse que estas cláusulas van más allá de la eliminación de la doble imposición, facilitando la realización de las operaciones de reorganización empresarial en que aparecen elementos transfronterizos mediante la eliminación de los obstáculos que pudieran surgir como consecuencia del gravamen inmediato de las ganancias por el estado de la fuente<sup>119</sup>.

Ambos estados han desarrollado los procedimientos para que el no residente solicite el diferimiento a la autoridad competente. En el caso canadiense, la administración tributaria se ha mostrado mucho más proactiva, en el desarrollo de estos procedimientos y de los requisitos que han de cumplirse para que la administración tributaria canadiense pueda considerar la pretensión del no residente<sup>120</sup>. Adicionalmen-

<sup>115</sup> *Vid.*, en el caso estadounidense, la sección 5.02(a) del *Revenue Procedure* 98-21, 1998-1 CB 585 y los comentarios a esta cláusula en la explicación técnica del convenio entre Estados Unidos y Canadá elaborada por el Departamento del Tesoro estadounidense en 1997.

<sup>116</sup> *Vid.*, Comentarios al MCOCD, Introducción, párrs. 1 y 3.

<sup>117</sup> En el caso estadounidense, los convenios con Canadá y Dinamarca incluyen esta referencia. En relación con Canadá, el número de convenios con esta cláusula es muy reducido, habiéndose incluido solo en los convenios con Estados Unidos, Perú, Venezuela, Mongolia, Finlandia y Corea. En todos estos casos, el estado que ha suscrito el convenio con Estados Unidos o Canadá emplea el método de imputación, lo que puede implicar que surja la doble imposición. Sin embargo, Canadá no ha incluido esta referencia en los convenios con México, Zimbabue, Tanzania, Letonia, Estonia, Lituania, Italia y Noruega, estados todos ellos que eliminan la doble imposición a través del método de imputación, lo cual podría dar lugar a la doble imposición analizada. Es curioso que se omita esta referencia en casos en que fácilmente puede surgir la doble imposición, siempre que no se atribuya a esta cláusula una finalidad diferente a la mera eliminación de la doble imposición.

<sup>118</sup> En el caso estadounidense, tanto Países Bajos como Suiza optan por el método de exención, lo cual excluiría la necesidad, desde su perspectiva, de la inclusión de esta cláusula como mecanismo para la eliminación de la doble imposición. En el caso de Canadá; Países Bajos, Hungría, Islandia, Suiza, Luxemburgo y Alemania eligen el método de exención como mecanismo para eliminar la doble imposición en sus respectivos convenios.

<sup>119</sup> En este sentido, *vid.*, WILSON (2011), pág. 5.

<sup>120</sup> Cf. *Income Tax Information Circular* 71-17R5, *Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions*, 1 de enero de 2005, párr. 80.

te, se han publicado modelos de acuerdos derivados de estos procedimientos en los que se puede advertir la protección de los derechos de imposición del estado de la fuente a través de la inclusión de un elenco de supuestos que determinarán el reconocimiento de las ganancias diferidas, como son el cambio de residencia, la pérdida del derecho a la aplicación del convenio, la existencia de abuso o fraude en la reorganización constatada por la administración del estado de la residencia<sup>121</sup>; así como el reforzamiento de los deberes de información a los efectos de evitar que las ganancias pudieran quedar exentas<sup>122</sup>.

A pesar de los estrictos requisitos y del sometimiento a la discrecionalidad administrativa, los datos ofrecidos por la administración tributaria canadiense en relación con la aplicación de esta cláusula son, en cierta medida, alentadores<sup>123</sup>, al igual que las revisiones que periódicamente se han realizado a los mecanismos de aplicación de esta cláusula con el objeto de facilitar y simplificar los requisitos y procedimientos de aplicación de aquella<sup>124</sup>. En este sentido ha de destacarse que nos encontramos ante el ejemplo de dos estados con unos lazos económicos extremadamente desarrollados y administraciones tributarias ciertamente sofisticadas y conocedoras del derecho del otro estado, lo cual, por desgracia, no es la regla en el mundo de la fiscalidad internacional<sup>125</sup>.

En relación con las desviaciones que se pueden encontrar en cláusulas basadas en este modelo, junto a alguna desviación menor<sup>126</sup>, cabe destacar la cláusula prevista en el artículo 14(8) del convenio de 1993 entre Estados Unidos y Países Bajos<sup>127</sup>. Esta cláusula establece la aplicación automática del diferimiento por parte del estado de la fuente, de conformidad con su normativa interna, cuando el no residente logre asegurar que el impuesto diferido pueda ser recaudado por dicho estado<sup>128</sup>. A pesar

<sup>121</sup> *Vid.*, el modelo de acuerdo incluido en LEWIS (2010), worksheet 11, B-1101.

<sup>122</sup> *Vid.*, *Income Tax Information Circular 71-17R5, Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions*, 1 de enero de 2005, párr. 84, requiriendo información de carácter anual al no residente en relación con la ausencia de cambio en la estructura de control o en la titularidad de los activos a los que ha sido de aplicación la regla de diferimiento.

<sup>123</sup> Así, en el periodo 1995-2000, la administración tributaria canadiense informó una media de entre 8 y 10 expedientes anuales relativos a la aplicación de esta cláusula [cf. ARNOLD (2000), pág. 2.814].

<sup>124</sup> *Vid.*, WILSON (2011), pág. 2 y ss.

<sup>125</sup> Cf. BRAUNER (2005), pág. 1.068.

<sup>126</sup> Además de las referidas desviaciones en relación con el requisito de que haya riesgo de que surja un supuesto de doble imposición y la aplicación de estas cláusulas a entidades en atribución de rentas, los convenios de Canadá con Italia y con Corea incorporan procedimientos específicos de información y consulta entre administraciones. En el caso del convenio con Italia, se establece la comunicación por parte del estado de la fuente de los términos del acuerdo a la administración del estado de la residencia, mientras que en el caso del convenio con Corea, se establece un trámite de información a la administración tributaria del estado de la residencia previo a que la autoridad competente del estado de la fuente y el no residente lleguen a un acuerdo en relación con el diferimiento previsto en la cláusula.

<sup>127</sup> El tenor de esta cláusula es el siguiente: «cuando un residente de un estado contratante enajene activos en el curso de una organización, reorganización, amalgamación, escisión o similar operación societaria, y se considere la renta, beneficio o ganancia percibida en relación con dicha operación diferida o no reconocida a efectos tributarios en dicho estado. Entonces, el impuesto que habría sido exigido por el otro estado respecto de dicha enajenación será también diferido durante el plazo y periodos que lo habría sido si el sujeto que realiza la enajenación hubiera sido residente de este otro estado, pero no en mayor medida o plazo superior que en el primer estado mencionado siempre que el impuesto así no exigido pueda ser recaudado ante una enajenación posterior y dicha recaudación de la cuantía del impuesto en cuestión se asegure para satisfacción de la autoridad competente de ambos estados. Las autoridades competentes de ambos estados desarrollarán los procedimientos para la implementación de este párrafo».

<sup>128</sup> Véase en este sentido la sección VII del memorando de entendimientos que acompaña a este convenio que establece la posibilidad de que el no residente entre en un acuerdo de reconocimiento de ganancias con la autoridad tributaria del estado de la fuente a los efectos de asegurar el gravamen futuro de las ganancias diferidas.

de que el no residente obtiene así el derecho a la aplicación del diferimiento, se encuentra sometido a la misma discrecionalidad administrativa que en el caso del convenio entre Canadá y Estados Unidos, al necesitar convencer a la administración tributaria del estado de la fuente que podrá recuperar el impuesto no exigido por la aplicación del diferimiento impositivo<sup>129</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El diseño de normas para poder regular las operaciones de reorganización empresarial desde una perspectiva transfronteriza es uno de los retos pendientes de la fiscalidad internacional. Como se puede comprobar fácilmente, cuando estas operaciones despliegan sus efectos en más de una jurisdicción, las posibilidades de que sobreimposiciones y otras ineficiencias surjan se multiplican, sin que la existencia de un convenio de doble imposición sirva para solucionar los problemas que pueden surgir.

En este sentido, es destacable la inclusión de cláusulas específicas de reorganización empresarial en algunos convenios de doble imposición. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las soluciones que nos ofrecen estas cláusulas son únicamente limitadas, centradas en una determinada clase de ganancias de capital y, en muchos casos, su diseño es ciertamente criticable por no resolver los problemas que pueden surgir e, incluso, generar mayores problemas que los que tratan de solucionar.

Con todo, no dejan de existir ejemplos de cláusulas que sí pueden servir como solución para los problemas a que hacen frente las operaciones de reorganización empresarial en un contexto transfronterizo. El ejemplo más destacado es el de la cláusula prevista en el artículo XIII(8) del convenio entre Estados Unidos y Canadá, la cual permite al no residente acceder al diferimiento en el estado de la fuente a través de un acuerdo previo con la autoridad competente de dicho estado. Esta cláusula permite gran flexibilidad en la adopción de soluciones para evitar las sobreimposiciones que pudieran surgir en el marco de estas operaciones, al tiempo que salvaguarda los derechos de imposición del estado de la fuente. En el estado actual de la fiscalidad internacional, este tipo de cláusulas son aparentemente las únicas que podrían tener cabida en el ámbito del MCOUDE<sup>130</sup>, al no incluir directamente soluciones materiales, es decir, cláusulas que regulen el tratamiento material de las rentas transfronterizas, sino un procedimiento amistoso específico a través del cual se pueden alcanzar soluciones caso por caso que permitan la eliminación de la doble imposición.

A la hora de plantearse si estas soluciones podrían ser incluidas en el ámbito del MCOUDE, hay que partir de la premisa de que estas cláusulas, *prima facie*, tratan de evitar supuestos de doble imposición económica internacional, situación que no se encuentra dentro del ámbito del MCOUDE.

<sup>129</sup> Vid. NEUENHAUS (2002), pág. 2 y ss.

<sup>130</sup> Así en el documento de la OCDE «Application and Interpretation of Article 24 (Non-Discrimination) –Public Discussion– Draft», de 3 de mayo de 2007 (Anexo, párr. 1), se proponía para un posterior estudio la inclusión de esta cláusula en el ámbito de la cláusula de no discriminación. Con todo, no puede obviarse que el examen a realizar para la aplicación de la cláusula contenida en el convenio entre Estados Unidos y Canadá no coincide con el que se emplea en el ámbito de las cláusulas de no discriminación [cf. NEUENHAUS (2002), pág. 4].

De este modo es cuestionable su inclusión en el MCOCDE al no referirse a supuestos de doble imposición jurídica internacional. Por otro lado, a pesar de esta finalidad, podría cuestionarse que estas cláusulas incluyen una opción de política tributaria que va más allá de la distribución del poder tributario entre estados como objetivo de los convenios de doble imposición. De este modo, parece poco coherente su inclusión salvo que atendamos a la finalidad genérica de los convenios basados en el MCOCDE de incentivar el comercio y los flujos de inversión entre estados, finalidad que, en la práctica, ampararía cláusulas que no estuvieran destinadas directamente a la eliminación de la doble imposición, pero que distorsionaría la naturaleza misma de los convenios de doble imposición conforme al estado actual de desarrollo de la fiscalidad internacional.

## Bibliografía

- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [2002]: «El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades», en *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núms. 1 y 2.
- AMERICAN LAW INSTITUTE [1991]: *Federal Income Tax Project. United States Income Tax Treaties, Tentative Draft*, n.º 16, American Law Institute, Filadelfia.
- ARNOLD, B.J. [2000]: «Canadian Branch of IFA Discusses Canadian Tax Treaties», *Tax Notes International*, 26 de junio.
- ARNOLD, B.; SASSEVILLE, J. y ZOLT, E. [2002]: «Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 56, n.º 6.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. [2005]: «Tributación de los no residentes respecto de los inmuebles y las ganancias patrimoniales», en COLLADO YURRITA, M.A. (dir.) y MORENO GONZÁLEZ, S. (coord.), *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Colex, Madrid.
- AVERY JONES, J.F. [2001]: «Problems of Categorising Income and Gains for Tax Treaty Purposes», *British Tax Review*, n.º 5.
- AVERY JONES, J.F. *et al.* [2006]: «The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 60, n.º 6.
- AVI-YONAH, R.S. [2007]: *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, Nueva York.
- BAKER, P. [1994]: *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Sweet and Maxwell, Londres.
- BANK, S.A. [2000]: «Mergers, Taxes and Historical Realism», *Tulane Law Review*, vol. 75.
- BARENFELD, J. [2005]: *Taxation of Cross-Border Partnerships: Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, Doctoral Series, vol. 9, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.
- BECCERRA, J.A. [2007]: *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.



- BENNET, M.C. [2008]: «The 50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention», *World Commerce Review*, vol. 2, n.º 2, pág. 1
- BITTKER, B.I. y EUSTICE, J.S. [2000-2009]: *Federal Income Taxation of Corporation and Shareholders*, 7th ed., Warren Gorham & Lamont, Boston.
- BOGENSCHUET, E. [2006]: «German Government Proposes Reorganization Tax Reform», *Tax Notes International*, 7 de agosto.
- BRAUNER, Y. [2003]: «An International Tax Regime in Crystallization», *Tax Law Review*, vol. 56.
- [2004]: «A Good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations», *Brigham Young University Law Review*.
  - [2005]: «Taxing Cross-Border Mergers & Acquisitions in a Globalizing World», *Florida Tax Review*, vol. 6, n.º 11.
  - [2008]: «United States», en MAISTO, G. (ed.), *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, International Bureau of Fiscal Documentation. EC and International Tax Law series, vol. 4, Amsterdam.
- BROWN, C. y MANOLAKAS, C. [1997]: «Organizations, Reorganizations, Amalgamations, Divisions and Dissolutions: Cross-Border Assets, Double Taxation and Potential Relief Under the U.S. - Canada Tax Treaty», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, n.º 2.
- BRUK, B. y GIDIRIM, V. [2009]: «New Protocol to the Russia-Cyprus Tax Treaty Initialled: End of the "Cyprus Era" in Russian Tax Planning?», *European Taxation*, vol. 49, n.º 10.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid.
- [2005]: «Los métodos para eliminar la doble imposición», en RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coord.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. [2005]: «Definiciones generales» en RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña.
- CENCERRADO MILLÁN, E. [2008]: «Spain», en MAISTO, G. (ed.), *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, International Bureau of Fiscal Documentation. EC and International Tax Law series, vol. 4, Amsterdam.
- CERIONI, L. [2007]: *EU corporate law and EU Company tax law. Corporations, Globalization and the Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- CHRISTIE, G. y EKKEL, M. [2009]: «Australia» en *Mergers and Acquisitions Database*, International Bureau of Fiscal Documentation.
- CLARK, W.S. [2006]: *Taxation of capital gains of individuals: policy considerations and approaches*, OECD Tax Policy Studies, n.º 14, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.
- DUPUY, C.M. y DOLAN, K. [2005]: *The Creditability of Foreign Taxes - General Issues. Foreign Income Portfolios: U.S. International Portfolios: Portfolio 901-2nd*, BNA Tax and Accounting, §VI.2.C.
- ENGLISH, J. [2007]: «Reform of the Reorganization Tax Act and Related Changes», *European Taxation*, vol. 47, n.º 7.
- ERNST & YOUNG [2009]: *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, European Commission, Bruselas.

- FAYBÍK, J. [2007]: «Conflicts of Qualification and Capital Gains (Art 13 OECD MC)», en BURGSTALLER, E. y HASLINGER, K. (eds.), *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*, Linde, Viena.
- GAMMIE, M. y BALL, S. [1982]: *Tax on Company Reorganizations*, 2.<sup>a</sup> ed., Taxation Publishing, Londres.
- GARCÍA PRATS, F.A. [2005]: «Tributación de las Ganancias de Capital» en RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña.
- HELLERSTEIN, J.R. [1957]: «Mergers, Taxes and Realism», *Harvard Law Review*, vol. 71.
- HILL, D. [2006]: «Canada-U.S. Tax Convention: what it was then, and what it is now», *The Lawyers Weekly*, 18 de agosto.
- HOLMES, K. [2007]: *International Tax Policy and Double Tax Treaties: An Introduction to Principles and Application*, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.
- HORTALAI VALLVÉ, J. [2007]: *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION [1995]: *Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, WIJNEN, W.F.G. (coord.), International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.
- [2001]: *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form*, Congress Seminar Series, vol. 25D, Kluwer Law International, La Haya.
- JARCHOW, S.R. [1978]: «Foreign Tax Credit Carryovers in Corporate Reorganizations», *International Tax Journal*, vol. 5.
- KOSTERS, B. [2004]: «The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 10.
- LANG, M. [2010]: *Introduction to the Law of Double Tax Conventions*, International Bureau of Fiscal Documentation-Linde, Ámsterdam.
- LAU, A. et al. [2010]: «A Look at the France-Hong Kong Double Tax Agreement», *Tax Notes International*, 29 de noviembre.
- LEWIS, D. et al. [2010]: *U.S. Income Tax Treaties – Competent authority Functions and Procedures of Selected Countries* (portfolio: revised on June 7, 2010), BNA Tax Management Foreign Income Portfolios, vol. 941, Arlington.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. y ORTEGA CARBALLO, E. [2010]: *Reorganización empresarial –Fusiones 2011–2012*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid.
- MAISTO, G. [2002]: «Improving the Flexibility of Tax Treaties Part 2 – Cross-Border Tax Issues arising from Corporate Reorganizations», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 56, n.º 6.
- [2005]: «Introduction» en MAISTO, G. (ed.), *Multilingual Texts and Interpretation of Tax Treaties and EC Tax Law*, International Bureau of Fiscal Documentation: EC and International Tax Law Series, vol. 1, Ámsterdam.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. [2009]: «Ganancias de capital», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, 1.<sup>st</sup> ed., CISS, Valencia.
- MARTÍNEZ MIER, A. [2010]: «Las cláusulas de reorganización empresarial en los convenios para evitar la doble imposición firmados por España con México, EEUU y Francia», *Instituto de Estudios Fiscales, Cuadernos de Formación*, vol. 10.



- MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2007]: «El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», en RODRÍGUEZ ONDANZA, J.A. (dir.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- NAVARRO EGEA, M. [1997]: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Fusión y escisión*, Marcial Pons, Madrid.
- NEUENHAUS, D.M. [2002]: «Restructuring opportunities under the U.S.-Netherlands income tax treaty», *Tax Planning international Review*, vol. 29, n.º 5.
- OSMAŃCZYK, E.J. y MANGO, A. [2003]: *Encyclopedia of the United Nations and International Agreements*, 3<sup>rd</sup> ed., vol. 1, Routledge, Nueva York.
- RAVENTÓS CALVO, S. y DE JUAN, J.L. [1997]: «Acotaciones al convenio de doble imposición con Francia», *Quincena Fiscal*, n.º 18.
- ROSENBLOOM, H.D. y SHORT, R.A. [2000]: «The Income Tax Convention between Canada and the United States: A retrospective view», en AA.VV., *Special Seminar on Canadian Tax Treaties: Policy and Practice*, Canadian Tax Foundation, Toronto, pág. 11:1 *et seq.*
- SACCARDO, N. [2003]: «Article 24(3) of the OECD Model Convention: The Significance of the Expression "Taxation on a Permanent Establishment" in Cross-border Reorganizations», *Intertax*, vol. 31, n.º 8/9.
- SAMPLÓN SALVADOR, R. [2005]: «Interpretación del convenio para evitar la doble imposición entre Francia y España en materia de Fusiones», *Tribuna Fiscal*, n.º 180.
- SCHINDLER, C.P. [2006]: «International Mergers and US Tax Law», *European Taxation*, vol. 46, n.º 6.
- SIMMONTACCHI, S. [2007]: *Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- SOLER ROCH, M.T. [2007]: «Ganancias de Capital», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3<sup>rd</sup> ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SPORI, P. [2001]: «Segment II. The effects in the Source State of reorganisations made in the Residence State», en INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form*, Congress Seminar Series, vol. 25D, Kluwer Law International, La Haya.
- STEVANATO, D. [2002]: «Le riorganizzazioni internazionali di imprese», en UCKMAR, V. (coord.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padua.
- TENORE, M. [2006]: «Timing Issues Related to Changes in Treaty Residence or Source», *Intertax*, vol. 34, n.º 3.
- TERRA, B.J.M. y WATTEL, P.J. [2008]: *European Tax Law*, 5<sup>th</sup> ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- THÖMMES, O. [2005]: «Chapter 5. Commentary on the Merger Directive», en THÖMMES, O. y FUKS, E. (ed.), *EC Corporate Tax Law. Commentary on the EC Direct Tax Measures and Member States Implementation*, International Bureau of Fiscal Documentation-Deloitte Touche Tohmatsu International, Ámsterdam.
- ULMER, J.M. [2001]: «Segment IV. Treaty issues», en International Fiscal Association, *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form*, Congress Seminar Series, vol. 25D, Kluwer Law International, La Haya.
- VAN'THEK, K. [2008]: «Mexico Renegotiates Treaty with the Netherlands», *Tax Notes International*, 15 de diciembre.
- VAN'THEK, K. y BRAVO, R. y CHACÓN, S. [2002]: «New Rules for Cross-Border Corporate Reorganizations in Mexico», *Tax Notes International*, 11 de noviembre.
- VAN'THEK, K. y MIRANDA, E. [2007]: «International Share Restructurings in Mexico», *Tax Notes International*, 22 de enero.

- VANISTENDAEL, F. [1998]: «Chapter 20 - Taxation of Corporate Reorganizations», en THURONYI, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, International Monetary Fund-Kluwer Law International, Washington.
- VEGA BORREGO, F.A. [2010]: «Normas generales antielusión en el ordenamiento español», en ZAVALA ÁLVAREZ, M. y ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derecho tributario peruano y español: un análisis comparado de problemas comunes*, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, Lima.
- VILLEMOT, D. [2006]: *Fiscalité des Fusions Acquisitions. À jour des dernières instructions fiscales*, Édition Formation Enterprise, París.
- VOGEL, K. et al. [1997]: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with Particular Reference to German Treaty Practice*, 3<sup>rd</sup> edition, Kluwer Law International, Londres.
- WILSON, J. [2011]: «Current Developments Regarding Article XIII(8) of the Canada-U.S. Treaty from the Perspective of Dispositions of Taxable Canadian Property», *Daily tax Report, Bureau of National Affairs*, 1 de marzo.