

Convenio para evitar la doble imposición con Estados Unidos: Una urgente necesidad. La experiencia española

ALFREDO GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO^(*)

Definitivamente, la suscripción de un Tratado de Libre Comercio por parte del Perú con los Estados Unidos de América, constituyó un gran paso y todo un logro que promete nuevos e inmensos horizontes comerciales para el Perú. Esto nadie puede negarlo. Tenemos ya nuestro Tratado de Libre Comercio, también denominado por sus siglas TLC, con Estados Unidos y ahora hay que implementarlo y, especialmente, utilizarlo, sacarle el mayor provecho posible. Para ello hacen falta la promulgación de cierta normativa interna pero, sobre todo, la existencia de proyectos de inversión y de negocio concretos. De lo contrario, tendríamos una estupenda herramienta la cual sería una pena no utilizarla por falta de negocios y proyectos.

Sin embargo, existe un aspecto muy importante que, al parecer, no ha sido considerado en su verdadera dimensión, como son los aspectos fiscales o tributarios. Efectivamente, si bien tenemos un TLC suscrito con Estados Unidos, ¿No sería estupendo comenzar a negociar cuanto antes, un Convenio para evitar la doble imposición con los Estados Unidos a fin de evitar que un inversionista, ya sea peruano o estadounidense, tribute dos veces impuesto a la renta o algún impuesto patrimonial? Un Convenio para evitar la doble imposición constituiría un excelente complemento al TLC recientemente suscrito. Pero, ¿En qué consiste un Convenio para evitar la doble imposición? ¿Cuándo ocurre una doble imposición? ¿Cómo se negocian estos convenios? ¿Qué particularidades y problemáticas implicaría un convenio para evitar la doble imposición con los Estados Unidos?

A continuación procederemos a responder de una manera clara y sencilla a estas preguntas y algunas otras, para lo cual haremos referencia, mas

^(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú - Doctor en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad de Navarra (España). Especialista en Derecho Tributario Internacional. Catedrático de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Piura.

adelante, a la experiencia de España y a su CDI suscrito con los Estados Unidos.

I) ¿EN QUE CONSISTEN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION?

¿Qué son estos tratados o convenios para evitar la doble imposición, a los que denominaremos CDI en lo sucesivo? ¿En qué consisten? En pocas palabras, los CDI son tratados internacionales bilaterales firmados entre dos Estados, denominados “Estados Contratantes”, cuya finalidad principal consiste en evitar que una persona natural o jurídica residente en un Estado Contratante, se vea afectado por una doble imposición internacional, en cuanto a Impuesto a la Renta e Impuestos sobre el Patrimonio se refiere, como consecuencia de una inversión efectuada en el otro Estado Contratante. Como se puede apreciar de esta sencilla definición, el objetivo principal de dichos CDI es el de evitar la existencia de una doble imposición, es decir, que el contribuyente se vea afectado dos veces por un tributo.

Lógicamente estos convenios tendrán otras finalidades y generarán otros beneficios adicionales. Así por ejemplo, los CDI son un excelente instrumento de ayuda para las administraciones Tributarias de los Estados Contratantes a fin de combatir la evasión y la elusión fiscal. Los CDI van restando ventajas al evasor fiscal y van limitando su “área de trabajo” en otros Estados a medida que un Estado tenga más CDI firmados. De otro lado, temas como el de las deudas y precios de transferencia, valor de mercado, sociedades vinculadas, casos de subcapitalizaciones, etc. son mejor controlados mediante los CDI. Sin embargo, cabe mencionar y dejar bien en claro que los CDI no tienen como meta la exoneración de renta. Si en virtud de un CDI, un contribuyente de un Estado Contratante no tributa en dicho Estado, es porque lo hará en el otro Estado Contratante.

II) ¿EN QUE CONSISTE LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL?

Para comprender de manera muy sencilla el fenómeno de la doble imposición internacional, deberemos referirnos brevemente a las dos modalidades de doble imposición más conocidas, como son las siguientes:

Doble imposición jurídica: Ocurre cuando existe imposición de una misma renta por un mismo período, en dos jurisdicciones distintas, es decir, cuando dos soberanías fiscales gravan la misma renta. Hay pues una identidad de sujetos en los dos hechos imposables, en la doble imposición económica no la hay.

Doble imposición económica: Ocurre cuando se grava la renta dos veces, por concepto distintos o similares y, generalmente, por la misma soberanía fiscal, es decir, cuando una misma renta es gravada por dos figuras impositivas distintas. Un ejemplo clásico ocurre con los dividendos. Se da la doble imposición económica cuando, en primer lugar, se gravan las utilidades obtenidas por una sociedad y posteriormente, en segundo lugar, una vez que se distribuye dicha utilidad se grava nuevamente la misma utilidad pero a nivel de dividendos y a nivel de accionistas.

Cabe mencionar que ambos casos de doble imposición pueden darse a la vez. En todo caso debemos señalar que la doble imposición internacional no significa necesariamente pagar dos veces un mismo tributo, o gravar dos veces un mismo hecho imponible, sino que debe entenderse como la yuxtaposición de dos sistemas fiscales, dando como resultado el pago de un “plus impuesto” mayor que de no existir tal circunstancia, por lo que quizá no es correcto hablar de doble imposición, sino más bien de “sobreimposición” aunque en definitiva lo que importa es el grado de este “plus”, sobre o doble imposición internacional lo que nos interesa, aunque ésta no resulte efectiva porque no se pague, pero exista, como sería el caso de una empresa que tenga pérdidas.

III) ¿CUALES SON LAS FORMAS DE EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL?

A nivel mundial se conocen en general diversas maneras:

1. **Medidas Unilaterales:** Ello conlleva la inclusión, dentro de la normativa interna de un Estado, determinadas normas que eviten o aminoren la doble imposición internacional. Un ejemplo lo constituye el artículo 88 de nuestra actual Ley del Impuesto a la Renta.
2. **Medidas Bilaterales:** Constituidas por los acuerdos suscritos entre dos Estados, como lo es el caso de los CDI; y
3. **Medidas Multilaterales:** Son acuerdos llevados a cabo por varios Estados, encaminados a evitar la doble imposición internacional. A modo de ejemplos tenemos la Decisión 578 del Pacto Andino o el del Modelo de la Asociación de Países del Sudeste Asiático - ASEAN, en sus siglas en inglés, de 1987.

Cómo se puede apreciar, estas medidas no son limitativas ni excluyentes y la mayoría de países en el mundo, utilizan medidas unilaterales y CDI o inclusive además, medidas multilaterales.

IV) ¿CUÁL ES LA BASE SOBRE LA CUAL SE NEGOCIA UN CDI?

Para elaborar y negociar un CDI, existen los denominados Modelos de Convenios para evitar la Doble Imposición. Estos Modelos son principalmente tres: el Modelo preparado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE, con versiones de 1963, 1977 y finalmente de 1992 y que cada año se viene actualizando; el Modelo ONU versión 1980 y actualizado en el 2001, elaborado por las Naciones Unidas y el denominado Modelo del Pacto Andino de 1971, actualizado en el año 2004. Estos Modelos, como su nombre lo indica, constituyen simples modelos o ejemplos en donde se encuentran las bases o estructuras sobre las cuales los Estados negocian sus CDI, adecuándolos lógicamente a sus respectivos intereses y condiciones.

Cabe añadir que existen otros Modelos elaborados por los propios Estados interesados en negociar un CDI, caso del Modelo de Estados Unidos, muy similar al de la OCDE y al cual nos referiremos mas adelante, pero con inclusión de algunas particularidades especiales. Otro modelo propio que cabe mencionar es el Modelo elaborado y utilizado por los Países Bajos de 1986.¹ Aquí nos referiremos tan sólo a los Modelos más utilizados por los países o Estados contratantes.

1. **Modelo de la OCDE.**- Este Modelo utiliza como regla principal el criterio de residencia, es decir, se tributará en el Estado Contratante de residencia del contribuyente salvo que éste posea un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante en el cual se encuentra su inversión (criterio de la fuente). La regla general es gravar en el Estado de residencia salvo que se posea un establecimiento permanente en el otro Estado de donde se tributará en éste otro Estado, esto es, en el Estado fuente de la renta. Como se puede apreciar, el establecimiento permanente constituye el eje desde donde se mueve y apoya todo el sistema que determina cuál es el Estado con derecho a gravar las rentas empresariales obtenidas por la entidad no residente que opera dicho establecimiento permanente. Es lógico suponer, por tanto, que un país desarrollado tratará de negociar un concepto de establecimiento permanente lo más restrictivo posible mientras que, de otro lado, un país en vías de desarrollo buscará ampliar dicho con-

¹ Al respecto puede verse: VAN RAAD, Kees: *The Netherlands model income tax treaty*, *Intertax* Nos. 8-9, 1988, págs. 241 a 250; y LYONS, Susan M.C. y VAN WAARDENBURG Dirk A.: *Some Aspects of the International Tax Treaty Strategy of the Netherlands - Unilateral Reliefs and Tax Treaties*, *International Bureau of Fiscal Documentation*, Bulletin 1988, págs. 374 a 400. En el Apéndice II de este último trabajo contiene el texto completo del Modelo de Convenio de doble imposición de los Países Bajos.

cepto en lo posible a fin de gravar la renta producida por dicho establecimiento permanente en su territorio.

Como ejemplos de establecimientos permanentes tenemos a las sucursales, sedes de dirección, oficinas, fábricas, talleres, pozos de petróleo o de gas, minas, canteras, obras de construcción, instalación o montaje, agentes dependientes, etc., esto es, cualquier lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. Sin embargo no constituirán establecimientos permanentes cualquier actividad con carácter auxiliar o preparatorio, los agentes independientes y las filiales. Esto es a grosso modo lo que establece el Modelo. Sin embargo, cada Estado adecua estos casos a su propia realidad e intereses. A modo de ejemplos me referiré a diversos CDI firmados por España con terceros países, de tal manera que se podrá apreciar como cada Estado adecua el modelo de acuerdo a sus propios intereses y realidades.

En el CDI firmado entre España e India, se incluye como establecimiento permanente a una granja, una plantación u otro lugar en donde se lleven a cabo labores agrícolas, de cultivo u otros relacionadas con ellas. El CDI entre España y Australia incluye a la ganadería como establecimiento permanente. El CDI entre España y Ecuador incluye a una planta o taller industrial o de ensamblaje. Los CDI de España con México e India incluyen tanto los pozos de petróleo como los lugares de extracción de gas. Cabe llamar la atención que en el CDI suscrito entre España con Estados Unidos, se incluye a las instalaciones o plataformas marítimas o barcos de perforación utilizados para la explotación de recursos naturales. Esta novedad se encuentra incluida en el Modelo USA y ha sido incluida en su CDI con España. Piénsese en el caso de Perú con el desarrollo del gas de Camisea, la gran actividad de exploración petrolífera generada recientemente en auge en nuestro país, o la situación de las flotas pesqueras extranjeras cuando faenan en nuestro mar territorial, entre otros casos interesantes.

Otro ejemplo a mencionar sería el Convenio para evitar la doble imposición firmado entre Chile y Canadá, en donde se incluyen innovaciones interesantes como el de los joint ventures.

Se puede pues apreciar de los ejemplos mencionados, como el concepto de establecimiento permanente es vital al momento de negociar un CDI ya que de existir un establecimiento permanente, allí deberá ser gravada la renta generada por éste, es decir, los beneficios empresariales generados por el establecimiento permanente e inclusive, en el caso de dividendos, intereses, cánones o regalías, ganancias de capital trabajos dependientes y otras rentas, se gravarán en el Es-

tado de origen siempre y cuando sean obtenidos por medio de un establecimiento permanente y sólo en la medida que pueda atribuirse al mismo.

Definitivamente, el Modelo OCDE es actualmente el más utilizado en la negociación de convenios, tanto por países desarrollados como por países en vías de desarrollo.

2. **Modelo ONU.**- Este Modelo significó un intento de lograr un punto medio entre los criterios de residencia y fuente sin llegar a lograrlo. Si bien el Modelo OCDE aplicaba como regla general el criterio de residencia y con excepción el criterio fuente, en el caso de establecimientos permanentes, el Modelo ONU de 1980 así como la nueva versión de 2001, no significó realmente un avance serio hacia ese punto medio tan deseado. Tan sólo incluyó como establecimiento permanente a las empresas de servicios, a los centros administrativos y a las obras o proyectos de instalación. Este Modelo ha sido poco utilizado. En todo caso es una referencia a tomar en cuenta. Brasil es uno de los países que más lo ha utilizado en sus CDI, en combinación con el modelo OCDE.
3. **Modelo Pacto Andino.**- Aprobado en 1971 mediante la Decisión 40 del Acuerdo de Cartagena y posteriormente revisado y aprobado mediante la Decisión 578 en el año 2004, este Modelo constituye el caso contrario u opuesto al del Modelo OCDE, ya que utiliza únicamente el criterio de la fuente. En todos los casos, la renta se considerará gravada en el Estado de origen de la fuente, exista o no un establecimiento permanente en dicho Estado. Carece de un concepto de establecimiento permanente ya que, bajo la regla de la fuente, prácticamente no interesa que éste exista ya que toda la renta es gravada en todos los casos en el Estado de la fuente. Como es lógico suponer, este Modelo ha sido muy poco utilizado por los países de la región al negociar sus CDI.

V) ETAPAS EN LA NEGOCIACION DE UN CDI CON ESTADOS UNIDOS

Antes de establecer los pasos o etapas necesarios para negociar un CDI debemos efectuar algunas precisiones. En primer lugar indicar que cada CDI que se negocia es especial. No existen dos CDI similares ya que cada Estado con el que se negocia tiene su propia realidad y sus propios intereses. Es así que cuando Perú negocie su CDI con los Estados Unidos, al igual que sucedió con las negociaciones de su TLC, tendrá que tomar en cuenta sus prioridades y puntos de negociación así como determinados puntos materia de posible concesión. De allí que, en segundo lugar, po-

demos afirmar que cada CDI firmado tendrá su propio contexto y será el resultado de negociaciones, esto es, cesiones y concesiones mutuas en pro de un beneficio común para ambos Estados Contratantes. La idea es que tanto el Perú como los Estados Unidos salgan beneficiados con un CDI. Aquí no existe un ganador y un perdedor: ambos países deben ser ganadores.

En tercer lugar, debemos mencionar que no es posible cuantificar con precisión el impacto total que para un Estado significaría tener un CDI con otro Estado ya que los efectos de un CDI pueden ser múltiples alcanzando ámbitos que traspasan el tema fiscal (el cual debe incluir las demás recaudaciones adicionales al de la renta y el patrimonio, como es el caso del IGV, tributos de los empleados, etc.). Así por ejemplo, debemos tomar en cuenta, además del impacto fiscal, el impacto económico, laboral (creación de nuevos puestos de trabajo, nuevas empresas, sucursales, etc.), financieras (capitales frescos para el país), seguridad jurídica (lo cual atrae más inversión y no simplemente una inversión tipo “piloto”), aspectos municipales (tributos, licencias, etc.), reducción de la evasión y/o elusión fiscal, etc.

Desde nuestro punto de vista, y en base a la experiencia observada en múltiples negociaciones de convenios, seis pasos podrían conformar las etapas necesarias para seguir para negociar un CDI con los Estados Unidos y, por qué no decirlo, para negociar en general cualquier CDI:

- 1. Formación de un equipo de especialistas.-** Será necesaria la formación de un equipo de personas especializadas en los temas fiscales, económicos y de negociación, el cual se especialicen en negociar convenios para evitar la doble imposición. Esto es lo que muchos países desarrollados e inclusive en vías de desarrollo viene efectuando. Formar equipos de especialistas expertos en la negociación de esta clase de convenios y que, al margen de los cambios de gobiernos y/o ministros, tengan cierta permanencia en esta importante función. Constituiría un error conformar y deshacer con cada nuevo ministro o nuevo gobernante, equipos de negociación de CDI. Ello sólo contribuiría negativamente al momento de la negociación. Un equipo de negociación de un CDI, debe conservar y valorar su experiencia en negociación y ello sólo se logra conservando y valorando a sus miembros, por lo que no sería recomendable que a cada rato fuere variados o cambiados los miembros de estos equipos. Deben tener cierta permanencia, lo cual se da en los equipos de países con mucha experiencia en esta clase de negociaciones. De allí que sería recomendable que el equipo que negocie el CDI con Estados Unidos, esté conformado en lo posible por personas con experiencia en la negociación de los convenios con Chile y Canadá, por ejemplo.

- 2. Inversión y entrenamiento.**- Un equipo de negociación de CDI requiere una partida presupuestal expresa, que incluya, además de fondos para su propio funcionamiento, fondos para asesores externos, viajes de negociación y de intercambio de experiencias con otros Estados, asistencia a seminarios y congresos sobre el tema, cursos de formación otorgados por la OCDE en París, etc. Esta etapa es muy importante ya que el equipo requiere preparación. De lo contrario tendrá un desconocimiento del tema que de ninguna manera convendrá al Estado al que representan. El Perú deberá formar, en el caso de negociar un CDI con USA, un buen equipo que conozca bien el Modelo OCDE y especialmente el Modelo USA, modelo este último que finalmente utilizará los Estados Unidos en su negociación.
- 3. Elaboración de una política o lineamientos generales.**- Una vez formado el equipo, el Estado que se propone comenzar a negociar Convenios para evitar la doble imposición, debe tener con anterioridad muy en claro los objetivos generales o metas que desea alcanzar. De allí que será necesario que el equipo encargado de negociar un CDI conozca la política o lineamientos básicos que su Gobierno desea lograr con un CDI. Estos lineamientos básicos no sólo deben contemplar aspectos de política fiscal, sino todos los demás aspectos que podrían implicar un CDI, esto es, aspectos de política laboral económica, financiera, culturales, control fiscal, etc. Consideramos que el modelo elaborado por el Perú en el año 2001 podría cumplir esta función de guía o parámetro al momento de negociar nuestros convenios, aunque hubiéremos preferido un documento específico, mas contundente y claro, de lineamientos generales de política fiscal internacional para el Perú, en donde se establezcan los principios, metas y objetivos generales para el Perú al momento de negociar un CDI.
- 4. Estudio de cada CDI a negociar.**- Antes de iniciar la etapa de negociación con un Estado determinado, es conveniente que el equipo o Comisión de negociación estudie la legislación fiscal interna de dicho Estado, su política fiscal, y todos los demás aspectos importantes que afecten el CDI a negociar. En el caso de negociar un CDI con los Estados Unidos, obviamente que el equipo negociador peruano deberá de conocer el Modelo USA a profundidad, así como los convenios firmados por Estados Unidos con otros países, y la legislación fiscal interna de los Estados Unidos, como es el caso del Federal Income Tax, en especial la parte de tributación aplicable a no residentes. De otro lado, el equipo negociador deberá analizar los aspectos de la política de CDI elaborada en cuanto a su adecuación al CDI que se desea negociar. Una vez efectuados estos estudios se tendrán claros los objetivos o metas a negociar en relación a ese Estado en particular con lo cual la marcha de las negociaciones puede ser fluida y marchar por buen ca-

mino. Una negociación sin estudio previo será como caminar a ciegas. De allí que al negociar un CDI con los Estados Unidos, el equipo negociador deberá tener muy claro, los objetivos y metas materia de negociación.

5. **Negociación.**- En esta etapa se realizan las reuniones de negociación entre los equipos negociadores de cada Estado, los cuales en muchos casos tienen una agenda de reuniones establecida y un plazo determinado. Muchos países se reúnen tan sólo para escuchar lo que la otra parte desea y sus condiciones e, inclusive, muchas negociaciones no llegan a feliz término, es decir, nunca llegan a concluir. Sin embargo, si en las reuniones de negociación no se llega a un acuerdo claro o existe un punto de controversia que traba las negociaciones, en muchos casos será muy difícil conseguir en el corto plazo una nueva fecha para una nueva reunión debido a la copiosa agenda de alguno de los Estados negociadores o de ambos, por lo que es recomendable llegar a un acuerdo en las fechas agendadas.
6. **Firma y ratificación.**- Una vez concluidas las negociaciones, los representantes de cada Estado contratante firma el CDI y, en los Estados que lo requieren, dicho CDI es ratificado por el Congreso o Parlamento correspondiente.

VI) EL MODELO USA²

Como señaláramos anteriormente, además de los modelos propuestos por organismos internacionales, también existen modelos particulares o propios, elaborados y utilizados por algunos países. Se trata de modelos de convenios de doble imposición elaborados por un país determinado para salvaguardar sus propias necesidades e intereses, para la negociación de convenios con otros países de acuerdo a su propio modelo. Estos modelos particulares sirven además de guía y modelo a estos Estados al momento de negociar un CDI. Mencionamos anteriormente, a modo de ejemplo entre estos modelos, al Modelo de los Estados Unidos de 1996, también denominado Modelo USA.³ A continuación, procederemos a comentar

² Recomendamos ver el texto del Modelo USA del 20 de setiembre de 1996, comparado con el Modelo ONU 2001, el Modelo OCDE 1963 y el Modelo OCDE 1977, 1992 - 2003, así como los Comentarios oficiales al Modelo USA, en: *Materials on International & EC Tax Law*, selected and edited by Kees van Raad, International Tax Center Leiden, Third Edition, Leiden, 2003, págs. 346 y ss; págs. 430 y ss.

³ El texto del Modelo USA puede verse comparado con el de las Naciones Unidas y los Modelos de la OCDE de 1963 y 1977 en: VAN RAAD, Kees: *Model Income Tax Treaties, A comparative presentation of the texts of the model double taxation conventions on income and capital of the OECD (1963 and 1977) United Nations (1980)*

algunos aspectos relevantes de este modelo, el cual deberá tener muy en cuenta el Perú al momento de negociar su CDI con los Estados Unidos.

Con fecha 17 de mayo de 1976, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos publicó el modelo norteamericano, actualizado luego en 1977 y basado en el Modelo de la OCDE. Posteriormente, una segunda versión del Modelo USA fue dada a conocer en 1981 hasta que el 17 de julio de 1992, el Departamento del Tesoro anunció un proyecto para dejar de lado el Modelo USA vigente y discutir uno nuevo, moderno, viable y mas en armonía con el contenido de los convenios que se venían negociando en el mundo. Ello debido a que a la versión empleada del Modelo USA, cada vez que ha sido utilizado al momento de negociar un Convenio, se le incorporaban pequeñas modificaciones las cuales eran convenientes tener en cuenta para la negociación de tratados posteriores, por lo que ya se puede apreciar que no se trataba de un modelo rígido.⁴ Sin embargo, dicho modelo contenía algunos elementos que complicaban las negociaciones. Es el caso, por ejemplo, del impuesto a las sucursales, al cual nos referiremos brevemente mas adelante. Finalmente tendríamos la versión del Modelo USA del 20 de septiembre de 1996, actualmente vigente y utilizada por los Estados Unidos en la negociación de sus convenios.

VII) LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Tomando en cuenta que en el futuro cercano, más aun cuando ya se tiene un TLC suscrito, al Perú le convendrá negociar un CDI con los Estados Unidos, nos ha parecido pertinente traer a colación la experiencia española en las negociaciones del convenio de España con los Estados Unidos, así como el resultado de esas negociaciones plasmado en su convenio. Dichas negociaciones se efectuaron en base al modelo USA de 1981. Sin embargo creemos que la experiencia y problemáticas experimentadas en la negociación y elaboración del Convenio de España con Estados Unidos, consti-

and United States (1981), Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1983.

⁴ De acuerdo a R. Patrick (*International aspect of US income taxation part four: US Income tax Treaties 226/1980*, citado por: PELEGRI Y GIRON, Juan: *Los establecimientos permanentes y los Agentes Independientes*, op. cit., pág. 169), los criterios básicos que sigue la política fiscal norteamericana son los siguientes:

“1. Un énfasis cada vez mayor en la neutralidad doméstica y escasa o ninguna acomodación a las reglas de los países en desarrollo.

2. La relajación de lo que se ha dado en llamar en años posteriores el criterio de la equidad entre inversiones en EE.UU. y los países en vías de desarrollo en cada caso particular (principio casuístico)”.

Lamentablemente estos criterios se han visto reflejados en su modelo y en los tratados firmados por Estados Unidos.

tuye un caso interesante a tomar en cuenta.

1) Algunas problemáticas: residencia Vs. Nacionalidad / ciudadanía

En primer lugar debemos señalar que aunque el Convenio de España con Estados Unidos está elaborado teniendo como base el Modelo de la OCDE de 1977, también ha influido en muchos aspectos substanciales, como es lógico suponer, el Modelo de los Estados Unidos de 1981, modelo que fue propuesto por el Departamento del Tesoro de dicha nación y que introdujo en su momento importantes novedades.⁵ Cabe recordar que los modelos siempre son eso, modelos, lo cual quiere decir que no tienen carácter obligatorio sino tan sólo referencial creando pautas o bases a seguir. De todas maneras no deja de ser una lástima la influencia del Modelo de los Estados Unidos en su convenio con España, ya que rompe la unidad y armonía logradas por el Modelo de la OCDE y los convenios firmados por España con los demás estados del mundo, en cuanto a interpretación, conceptos y elementos novedosos.

En segundo lugar, como fruto de la influencia del modelo norteamericano, tenemos la ruptura del principio de la residencia el cual indica que el ámbito del convenio se aplica a las personas residentes de uno de ambos Estados Contratantes. Efectivamente, el artículo 1 del Convenio señala su aplicación a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes, “salvo que en el propio convenio se disponga de otra cosa”. El principio de la residencia tendrá dos excepciones en el Convenio: la primera excepción que afectará a las personas físicas residentes de uno de los Estados y que al mismo tiempo sean nacionales del otro Estado. La segunda excepción se referirá a las personas jurídicas comprendidas en las limitaciones del artículo 17 del Convenio, el cual mencionaremos más

⁵ BORRAS, Alegria: *Problemática general que suscita la aplicación del Convenio, Estudios sobre el Convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, Ed. Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, pág. 52. Puede verse como en los antecedentes a la firma del Convenio, los Estados Unidos insistían en la aplicación de su modelo (primera ronda de negociaciones en Madrid de mayo de 1966) y en evitar el uso del Modelo de la OCDE, cosa que siempre han hecho al firmar convenios de doble imposición con otros Estados. Sobre la génesis del Convenio puede verse a CRUZ AMOROS, Miguel: *El convenio para evitar la doble imposición entre España y los Estados Unidos de América, Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, Ed. Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, págs. 41 a 43. Sobre el modelo de Estados Unidos y los convenios firmados por este Estado pueden verse los trabajos de VAN RAAD, K.: *Model Income Tax Treaties*, Deventer, 1990; y de VOGEL, K.: *Double Tax Treaties*, Deventer, 1991. Sobre el Convenio con Estados Unidos y el Modelo de la OCDE de 1977 ver: CALDERON PATIER, Carmen: *El Convenio entre España y USA para evitar la doble imposición. Análisis comparativo con el Modelo de Convenio con la OCDE, Actualidad Tributaria*, nº 3, 1993, pág. D-47 y ss.

adelante.

La primera excepción es fruto de la influencia del modelo norteamericano de aquel entonces, que a su vez refleja el sistema de imposición personal vigente en los Estados Unidos fundamentado en el nexos de la nacionalidad y no en el de la residencia como en los países europeos. Una persona física ciudadana de los Estados Unidos está sujeta al impuesto sobre la renta en función de su renta de fuente mundial por ser nacional de dicho país. Este principio de la nacionalidad, criterio de conexión muy particular, utilizado por los Estados Unidos es trasladado al Convenio e instaurado a través del párrafo 3 del artículo 1, el cual establece que “un Estado contratante puede someter a imposición a sus residentes... y por razón de ciudadanía puede someter a imposición a sus ciudadanos, como si el Convenio no hubiese entrado en vigor” (cláusula que concuerda con la reserva hecha por Estados Unidos al artículo 1 del Modelo de la OCDE).⁶ En el actual Modelo USA, esta regla está plasmada en el artículo 1 párrafo 4.

Esta cláusula no tiene efecto sobre los nacionales de España que residan en los Estados Unidos ya que tan sólo estarán sujetas al impuesto español por sus rentas de fuente española. En el caso contrario, de un ciudadano de los Estados Unidos que tenga su residencia habitual en España, estará

⁶ Esta es la tradicional “cláusula de reserva” para los norteamericanos. Para conocer mejor su finalidad, de acuerdo a la Instrucción del *Inland revenue service* se trata de una cláusula “según la cual cada uno de los Estados Contratantes se reserva el derecho de imposición sobre sus ciudadanos y residentes, como si el Convenio no estuviese en vigor. Un Estado Contratante puede aplicar la cláusula de reserva a cualquier persona considerada residente en ese Estado a efectos fiscales, a no ser que se decida que dicha persona, de acuerdo con las normas de prelación del Artículo 4, es residente del otro Estado Contratante a los efectos del Convenio. Un Estado Contratante también puede recurrir a la cláusula de reserva para someter a imposición a sus ciudadanos. Aunque se haya adoptado una terminología bilateral, se entiende que España no exige el impuesto sobre la renta en virtud de la nacionalidad”. Y más adelante indica lo siguiente: “la cláusula de reserva tiene un doble efecto: en primer lugar, preserva el derecho del Estado de residencia a someter a imposición a sus residentes en aquellos casos en que se conceda un derecho exclusivo de imposición (no existiendo cláusula de reserva) al otro Estado, por ejemplo, porque el otro Estado es el Estado origen de la renta; y en segundo lugar, preserva el derecho de un Estado Contratante a someter a imposición a sus ciudadanos en aquellos casos en que el ciudadano sea residente del otro Estado Contratante (como estipula el artículo 4) y se le concede al otro Estado Contratante (en caso de no existir cláusula de reserva) un derecho exclusivo de imposición como Estado de residencia. No obstante, si los Estados Unidos someten a imposición a sus ciudadanos de acuerdo con la cláusula de reserva, deberán conceder un crédito, sujeto a las disposiciones del artículo 24 (Deducciones por Doble Imposición), para hacer frente a los impuestos pagados en España...” (GONZALEZ POVEDA, Victoriano: *Instrucción del 'Inland revenue service' para la aplicación del Convenio de doble imposición entre España y los Estados Unidos de América*, op.cit. pág. 42-43).

sometido al impuesto a la renta español por sus rentas de fuente mundial, pero curiosamente, también estará afecto al impuesto norteamericano por su renta de fuente mundial. Al existir pues doble imposición, los Estados Unidos se comprometen a eliminarla en el artículo 24.2 del Convenio. En realidad es ilógico que si la razón del Convenio es evitar la doble imposición, precisamente se caiga en ello por la utilización de un principio impuesto. Como señalan ciertos autores, la aplicación del principio en cuestión “que prácticamente hace inútil el convenio para los ciudadanos americanos residentes en España, no es sino una muestra de la falta de adaptación y flexibilidad del sistema fiscal americano al criterio de residencia universalmente admitido y aceptado por el modelo de la OCDE, al que desde siempre Estados Unidos ha formulado reservas (Punto 28 de los Comentarios al Modelo OCDE). Todos los Convenios suscritos durante las dos últimas décadas por Estados Unidos con otros países recogen el criterio de la ciudadanía”.⁷ Opinión que compartimos plenamente. Así mismo, Borrás afirma con todo acierto que “de todo ello resulta, pues, una situación de desequilibrio entre las partes... situaciones de esta naturaleza, dificultan la planificación empresarial”.⁸

En tercer lugar hay que anotar que el Convenio se aplica en España al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre Sociedades no incluyéndose, como sí sucede en los demás convenios, al Impuesto sobre el Patrimonio. Respecto a los Estados Unidos, el Convenio efecta a los impuestos federales sobre la renta establecidos en el Internal Revenue Code, excluidas las contribuciones a la Seguridad Social y los impuestos especiales sobre las primas de seguro pagadas a aseguradores extranjeros y sobre fundaciones privadas.

Debemos resaltar que el Convenio cubre, respecto a los Estados Unidos, solamente el impuesto federal sobre la renta, es decir, el impuesto comprendido en el Internal Revenue Code en sus dos modalidades, el impuesto sobre la renta (que equivale al IRPF español), y el Impuesto sobre

⁷ OLALDE MARTIN, Tomás... : *El convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos*, op. cit. pág. 2. Cabe añadir que el punto 1 del Protocolo establece lo siguiente: “A los efectos del apartado 3, el término 'ciudadano' incluirá a quien poseyendo esa condición anteriormente la hubiera perdido con el objeto principal de eludir la imposición, pero ello solamente durante un periodo de diez años a partir de tal pérdida. Para la aplicación de esta disposición las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán acerca de los propósitos determinantes de la pérdida de la ciudadanía”.

⁸ BORRAS RODRIGUEZ, Alegría: *Problemática general que suscita la aplicación del convenio*, op. cit. pág. 56. Sobre el mismo tema puede verse a DE LA VILLA GIL, José María: *Residencia y ciudadanía. Su tratamiento y repercusiones jurídicas*, Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición, Ed. Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, pág. 151 y ss.

Sociedades, Corporation o Corporated Tax. Se trata de impuestos a nivel federal por lo que no se incluirán en el Convenio aquellos impuestos sobre la renta establecidos por los Estados o entidades locales los cuales se seguirán exigiendo plenamente. “De ahí resulta que, en estos casos la exclusión de toda referencia a las subdivisiones políticas o autoridades locales tienen como consecuencia que el convenio no sirve para evitar la producción real de dobles imposiciones, sin que sea desdeñable la consideración de que los impuestos de los Estados federados pueden ser elevados”.⁹

Cabe añadir que el punto 2 del Protocolo establece dos exenciones para sociedades españolas: exención del impuesto norteamericano que grava a las sociedades personales de tenencias de valores, “personal holding companies tax”, siempre que durante el periodo impositivo todo su capital pertenezca a una o más personas físicas no residentes en los Estados Unidos. La segunda exención es sobre el impuesto norteamericano sobre las ganancias acumuladas, “accumulated earnings tax”, siempre y cuando la mayoría de sus acciones se negocie en un mercado de valores reconocido o pertenezca a sociedades residentes en España cuya mayoría del capital se negocie en un mercado reconocido.¹⁰

En cuarto lugar, sobre la aplicación del Convenio, ya señalamos que éste es aplicable tanto a los residentes como a los ciudadanos de uno o de ambos Estados Contratantes. Pero, respecto a la residencia, no se da en el Convenio una definición de residencia sino que se deja a la legislación de cada Estado su determinación. En el caso de Estados Unidos, tenemos un punto de vista diferente en lo que a residencia se refiere y en especial con respecto a las personas jurídicas.¹¹

⁹ BORRAS RODRIGUEZ, Alegría: *Problemática general que suscita la aplicación del convenio*, op. cit. págs 54-55. Cruz Amorós afirma que “ello responde a la política tradicional de Estados Unidos en la negociación de Convenios de doble imposición determinada por una práctica de absoluta no interferencia en el ejercicio de la soberanía tributaria de los estados y a la consiguiente reciprocidad por parte de España” (CRUZ AMOROS, Miguel: *El convenio para evitar la doble imposición entre España y los Estados Unidos de América*, op. cit. pág. 44).

¹⁰ Una explicación detallada del funcionamiento y tratamiento de estos impuestos en los Estados Unidos puede verse en: GONZALEZ POVEDA, Victoriano: *Convenio entre España y los Estados Unidos de América para evitarla doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta*, op. cit, pag. 60.; y en EGUILNOA, María: *El Convenio de doble imposición con los Estados Unidos*, op. cit. pág. 89-90.

¹¹ La legislación norteamericana “somete a obligación personal de contribuir a sus nacionales y a los extranjeros que sean residentes legales (a efectos de inmigración) en Estados Unidos en cualquier momento durante el año fiscal, a los que tengan una presencia sustancial en su territorio (31 días en el año fiscal en cuestión y un total de 183 días durante el presente ejercicio fiscal y los dos ejercicios anteriores, con reglas específicas para esos dichos días) y a aquellos que hayan optado

Efectivamente, en el caso de sociedades, el Internal Revenue Code considera residentes en los Estados Unidos a las sociedades constituidas o registradas en este Estado mientras que la Ley del Impuesto sobre Sociedades español sigue cualquiera de los tres criterios siguientes: constitución de la sociedad de acuerdo con la ley española, domicilio social en territorio español y tener la sede de dirección efectiva en este territorio. Al respecto, Gonzalez Poveda señala lo siguiente: “Aunque esta diferencia de criterios puede conducir a conflictos de doble residencia, en la práctica raramente se producen. En todo caso, el Convenio no proporciona ningún criterio objetivo para resolverlos, por lo que habrá que acudir, en estos casos, al procedimiento amistoso”.¹² Al contrario, otros autores opinan que “...en la práctica es poco frecuente que una sociedad quede sujeta a imposición en más de un Estado por razón de su residencia, ahora bien, en el caso que nos ocupa sí puede darse con mayor frecuencia esta duplicidad de residencia ya que Estados Unidos atiende al lugar de registro o de constitución de una sociedad como criterio de residencia mientras que España, siguiendo el criterio de la OCDE, atiende a la sede de dirección efectiva. El convenio establece como solución que las autoridades competentes de ambos Estados hagan lo posible por resolver la cuestión mediante el procedimiento amistoso. En el caso de no llegar a un acuerdo, dicha persona jurídica no se considerará residente de ninguno de los dos Estados, salvo para los dividendos, intereses y cánones en que a pesar de todo se deberán aplicar las limitaciones del Convenio, con lo cual se está forzando a las autoridades de ambos Estados a llegar necesariamente a un acuerdo”.¹³

De otro lado, el punto 5 apartado a) del Protocolo señala una restricción al ámbito de aplicación del concepto de residencia establecido en el Convenio. Remite a la legislación interna norteamericana al precisar que “un ciudadano de los Estados Unidos o un extranjero con permiso de residencia permanente en los Estados Unidos (titular de “carta verde”) se considerará residente de los Estados Unidos solamente si la persona física tiene una presencia substancial en los Estados Unidos o si debe ser considerada residente de los Estados Unidos, y no de otro país, con arreglo a los sub-

poior tal régimen bajo determinadas condiciones. Por lo que respecta a las personas jurídicas, y en términos generales, se consideran residentes en Estados Unidos aquellas que se hayan establecido conforme a la legislación federal, la de cualquiera de sus Estados o la del Distrito de Columbia” (PALACIOS PEREZ, José y POVEDANO MEJIAS, Javier: *Incidencia del convenio para evitar la doble imposición con Estados Unidos en el derecho tributario interno*, op. cit. págs. 87-88).

¹² GONZALEZ POVEDA, Victoriano: *Convenio entre España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición...*, op. cit. pág. 61.

¹³ OLALDE MARTIN, Tomás, DE LUIS DIAZ MONASTERIO, Félix, DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y DE LUIS VILLOTA, Félix: *El convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos*, op. cit. pág. 2.

apartados a) y b) del apartado 2 de ese artículo”.¹⁴ No se define en ninguna parte lo que se debe entender por “presencia substancial” cosa que puede originar diversas controversias e interpretaciones y el empleo del procedimiento amistoso para resolverlas.

Así mismo, el apartado b) del mismo punto 5 del Protocolo, respecto a las sociedades de personas, herencias yacientes y fiduciarias establece que sólo se considerarán residentes de un Estado contratante en la medida en que las rentas que obtengan estén sometidas a imposición en ese Estado como las rentas de un residente. Así, tomando un ejemplo de Palacios Pérez y Povedano Mejías, “en el caso de que una sociedad de personas constituida en Estados Unidos (partnership) esté participada en un 50% por residentes en Estados Unidos y en otro 50% por residentes de un tercer país, el tipo reducido del convenio sobre los intereses de fuente española que reciba dicho “partnership” se aplicará sólo al 50% de dichos intereses”.¹⁵ Cabe añadir que el punto 5 del Protocolo establece en su acápite c) que el término “residente” incluye también a los Estados contratantes y a sus subdivisiones políticas o Entidades locales.

2) La “Limitación de beneficios”

Ya anteriormente hicimos mención de la segunda excepción al principio de residencia en el Convenio, contenida en el artículo 17 del mismo, que se refiere a las personas jurídicas. Veamos brevemente en qué consiste esta excepción.

¹⁴ Un ejemplo al respecto puede verse en GONZALEZ POVEDA, Victoriano: *Convenio entre España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición...*, op. cit. págs. 60-61.

¹⁵ Ibid. pág. 88. Al respecto, Gonzales Poveda señala lo siguiente: “El Convenio, no planteará problemas en cuanto a su aplicación a las personas físicas que prueben su condición de residentes en España o en los Estados Unidos. Los problemas en este campo están surgiendo ya de la aplicación del Convenio a entes que son sujetos pasivos de los impuestos personales en los Estados Unidos carentes de personalidad jurídica con arreglo a su ordenamiento jurídico y que en el caso de los trusts son figuras extrañas a nuestro derecho. A este respecto, el Protocolo Adicional al Convenio establece que las sociedades de personas (partnerships), las herencias yacientes (estates) y las fiducias (trusts) se consideran residentes de un Estado “en la medida en que las rentas que obtengan estén sometidas a imposición como las rentas de un residente” (GONZALEZ POVEDA, Victoriano: *Convenio con los Estados Unidos: entrada en vigor y ámbito subjetivo*, op. cit., págs. 47-48). Recomendamos ver en este mismo trabajo, el desarrollo que realiza el referido autor sobre los partnerships, los estates y los trusts con sus modalidades o clases, así como la problemática que para la Administración fiscal española representan estas figuras. Así mismo véase al respecto, del mismo autor, la *instrucción del ‘Inland revenue service’*... op. cit., págs. 47-49; y el *Convenio entre España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición...*, op. cit., pág. 60.

El artículo 17 del Convenio, auténtica novedad, se encuentra bajo el título de “limitación de beneficios”. ¿A qué beneficios se está refiriendo? Responderemos con Albiñana el cual dice que “ha de entenderse que la palabra 'beneficios' equivale a ser destinatario o acreedor a las disposiciones contenidas en el Convenio. Es decir, se estima que el Convenio es fuente de beneficios y de aquí el que se condicione su aplicación tal y como lo hace el citado artículo 17, tanto respecto de las personas como de las rentas, y a diferencia de otros Convenios para evitar la doble imposición internacional, que se limitan a describir los supuestos de aplicación sin restricciones, ni advertencias”.¹⁶ Debemos mencionar que en el actual Modelo USA de 1996, la “limitación de beneficios” se encuentra establecido en el artículo 22 de dicho modelo.

La finalidad del referido artículo es la de impedir el uso abusivo del Convenio (Treaty Shopping) o lo que es lo mismo, utilizarlo a través de personas jurídicas o entidades cuya residencia se sitúe en uno de los Estados contratantes del Convenio, con el objetivo principal de aprovecharse de las ventajas que ofrece éste a los residentes. Se quiere pues limitar la aplicación de sus disposiciones a las personas que se encuentren verdaderamente ligadas a uno de los Estados contratantes por un vínculo de residencia efectiva y no simplemente para gozar de los beneficios del Convenio. Se ve que los Estados Unidos no desea que otros Estados hagan lo que este Estado vino realizando cuando no existía aun Convenio con España, en que sus sucursales se ubicaban en otros países comunitarios como Holanda por ejemplo, para operar en España mediante establecimientos permanentes haciendo uso (por no decir usufructuando los “beneficios” de un Convenio, para usar su propia terminología) del Convenio que esta nación tiene con España.

La regla básica es la de una persona residente de un Estado contratante que obtiene rentas en el otro Estado contratante. Por lo que las disposiciones del Convenio se aplicarán a las personas físicas; a uno de los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas, entidades locales o una de sus agencias institucionales de propiedad pública en su totalidad; organizaciones privadas de carácter religioso, benéfico, científico, literario o educativo que no persigan fin lucrativo así como una organización pública de carácter semejante. Se aplicará también a las personas residentes de un Estado que obtengan rentas en el otro, sea una entidad exenta distinta de las que se acaban de enumerar, siempre que la mitad de los beneficia-

¹⁶ ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, César: *La técnica tributaria en el Convenio con Estados Unidos*, op. cit. pág. 142. Ver: ALONSO FERNANDEZ, Felipe: *El abuso de Convenio: las cláusulas anti-abuso en el Convenio con los EE.UU. de América, Estudios sobre el Convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, Ed. Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, págs. 331-350.

rios, miembros o partícipes, si los hubiere, de dicha organización tenga derecho a los beneficios del Convenio.

Es importante señalar que el Convenio será aplicable, de acuerdo a la naturaleza de las rentas, sólo a aquellas que se obtengan del otro Estado contratante en relación con, o sean accesorias, a la realización activa por parte de la persona de una actividad empresarial en el Estado mencionado en primer lugar, distinta de la realización o gestión de inversiones, salvo en el caso de las actividades realizadas por Bancos o Compañías de Seguros.

En el caso de sociedades residentes de un Estado que obtengan rentas en el otro, se aplicará el Convenio siempre que se cumpla con las siguientes reglas:

- Que la clase mayoritaria de sus acciones se negocie substancial y regularmente en un mercado de valores reconocido;
- Que las acciones de cada clase se detenten en más de un 50% por residentes de ese Estado contratante cuya clase mayoritaria de acciones se negocia substancial y regularmente en un mercado de valores reconocido.¹⁷

Por último, se tendrá derecho a los beneficios del Convenio cuando se satisfagan las siguientes condiciones conjuntamente:

- Que más del 50% del interés efectivo en esa persona (o en el caso de una sociedad, más del 50% del número de acciones de cada clase) pertenezca, directa o indirectamente, a personas con derecho a la aplicación de los beneficios del Convenio que ya anteriormente hemos mencionado, y
- Que las rentas brutas de tal persona no se utilicen principalmente, directa o indirectamente, para atender obligaciones (incluyendo obligaciones en concepto de intereses o cánones) distintas de las contraídas con personas con derecho a la aplicación de los beneficios del Convenio de acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores o con ciudadanos de los Estados Unidos.

¹⁷ El tercer párrafo del artículo 17 en cuestión, define lo que el Convenio entiende por “mercado de valores reconocido” lo cual significa: “a) Los mercados de valores españoles; b) El sistema NASDAQ perteneciente a la Asociación internacional de los Agentes de Bolsa, Inc., y cualquier mercado de valores registrado en la Comisión de Cambio y Valores como mercado de valores nacional a los efectos de la Ley de Cambio y Bolsa de 1934, y c) Cualquier otro mercado de valores que se determinen de común acuerdo por las autoridades competentes de los Estados contratantes”.

De todas maneras, el párrafo 2 del artículo 17 deja abierta la posibilidad de evitar que las Autoridades competentes realicen una aplicación demasiado rígida de estas reglas para la aplicación de los beneficios del Convenio. Dicho párrafo 2 establece que una persona que no tenga derecho a los beneficios del Convenio, de conformidad con las reglas ya vistas, podrá, no obstante, probar a las autoridades competentes del Estado del que procedan las rentas su derecho a los beneficios del Convenio. A tal efecto las autoridades competentes deberán tomar en consideración, entre otros factores, el hecho de que la constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus operaciones no haya tenido como uno de sus principales objetos el disfrute de los beneficios del Convenio.¹⁸

Pero entonces, ¿Qué personas o sociedades quedan excluidas del Convenio? Olalde Martín y otros responden lo siguiente: “El artículo, en principio, deja fuera de la aplicación del Convenio sólo a determinadas sociedades que por la actividad que realizan y la titularidad de su capital hacen presumir que pueden establecerse en uno de los Estados contratantes básicamente con la finalidad de beneficiarse de las cláusulas del Convenio. Ha de tratarse de sociedades que no realicen actividades empresariales y cuyas acciones no se coticen regularmente en un mercado de valores y en las que no concorra alguna de las dos condiciones de titularidad y de utilización de sus rentas brutas que menciona la letra g) del apartado 1 del artículo. En definitiva, se ha pretendido contar con un mecanismo que permita impedir que se beneficie de la reducción de tributación en uno de los Estados que se puede producir como consecuencia de las cláusulas del Convenio una sociedad que si éste no existiese no se habría constituido como residente en el mismo. Parece que los redactores del Convenio no se han sentido capaces de definir directamente el perfil de estas sociedades con vocación de utilizar abusivamente el Convenio, y lo han querido

¹⁸ González Poveda señala al respecto lo siguiente: “La comprobación por la Administración fiscal con carácter general de estas limitaciones, es imposible en la práctica, pues ello llevaría a una paralización o por lo menos a una demora considerable de todas las transacciones con los Estados Unidos. Esta comprobación llevaría, por ejemplo, en el caso de una renta procedente de España percibida por una sociedad de los Estados Unidos, a exigir no solamente la acreditación de la residencia en este país, sino también que la sociedad se cotiza en un mercado de valores reconocido o, en su defecto, que más de la mitad de las acciones de cada clase de la sociedad pertenecen directa o indirectamente a residentes de los Estados Unidos, los cuales, a su vez, no han de incidir en alguna de las causas de exclusión del artículo 17 del Convenio. Creemos que la Administración aplicará el artículo 17 en los casos en que existan motivos para sospechar que se trata de hacer un uso abusivo del Convenio por personas que, en realidad, no son residentes de los Estados Unidos. Otra postura sería incompatible con la agilidad que requieren las transacciones internacionales” (GONZALEZ POVEDA, Victoriano: *Convenio con los Estados Unidos: entrada en vigor y ámbito subjetivo*, op. cit., págs. 51 y 52).

hacer de forma indirecta, señalando una serie de requisitos y condiciones, que, normalmente, no concurrirían en ellas, para que sean de aplicación las disposiciones del Convenio”.¹⁹

3) El “Impuesto sobre las sucursales” en el Modelo USA 1981

Vamos a referirnos brevemente a una curiosidad que el Modelo USA de 1981 establecía en su artículo 14. Nos estamos refiriendo al denominado “impuesto sobre las sucursales”. El referido impuesto despertó, como era de esperarse, diversas críticas y comentarios debido al cambio o ruptura que representaba con respecto a los principios establecidos por el Modelo de la OCDE. Para comenzar, debemos señalar que existen antecedentes de este impuesto. Efectivamente, el impuesto adicional existe en Canadá y Francia, además de Estados Unidos. El Convenio de España con Canadá lo incluye en su artículo 10 relativo a los dividendos. En cambio, en el Convenio de España con Francia, el artículo 10 de sus disposiciones, también relativo a los dividendos, prohíbe la aplicación de dicho impuesto tanto para las empresas españolas con establecimientos permanentes en Francia como para las empresas francesas con establecimientos permanentes en España.²⁰ Cabe mencionar que el actual Modelo USA de 1996

¹⁹ OLALDE MARTIN, Tomás, DE LUIS DIAZ MONASTERIO, Félix, DE JUAN PEÑALOSA, José Luis, y DE LUIS VILLOTA, Félix: op. cit. pág. 12.

²⁰ El *Convenio con Canadá* señala en su artículo 10 párrafo 6 lo siguiente: “Pese a las demás disposiciones del presente Convenio:

- a) Una Sociedad residente en España que disponga de un establecimiento permanente en el Canadá seguirá sujeta, de acuerdo con las disposiciones de la legislación canadiense, al impuesto suplementario sobre Sociedades distintas de las canadienses, pero este gravamen no excederá del 15 por 100.
- b) Una sociedad con residencia en el Canadá que tenga un establecimiento permanente en España seguirá sujeta a la retención en la fuente, de acuerdo con las disposiciones de la legislación española, pero este gravamen no excederá del 15 por 100”.

Así mismo, el *Convenio con Francia* establece en su artículo 10 párrafo 7 lo siguiente:

“Cuando una sociedad, residente de un Estado Contratante, obtiene beneficios o rentas procedentes del otro Estado Contratante, este otro Estado no puede exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la Sociedad a personas que no sean residentes en este último Estado, ni someter los beneficios no distribuidos por la Sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de este otro Estado.

Para aplicar la disposición anterior, se entiende que:

- a) las Sociedades residentes en España, que tengan un establecimiento permanente en Francia, no se someterán al impuesto de distribución establecido en el artículo 115, quintuplicado, del Código General del Impuestos;

ya no incorpora el referido “impuesto sobre las sucursales”. Sin embargo, creemos que vale la pena que hagamos una referencia a dicho impuesto, sus orígenes y la problemática que conllevó su incorporación a los convenios suscritos por Estados Unidos, especialmente al caso de España.

Debemos comenzar mencionando que existen disposiciones en otros Convenios de doble imposición firmados por España, que señalan la facultad de gravar los beneficios de las sucursales. A modo de ejemplo, tenemos los Convenios firmados con *Brasil, Reino Unido, Suecia, Filipinas, Túnez y el ya mencionado con Canadá*.²¹

- b) las Sociedades residentes de Francia, que tengan un establecimiento permanente en España, no se someterán al impuesto establecido por el artículo 4.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre las Rentas del Capital.”

²¹ El *Convenio con Brasil* establece en su artículo 10 párrafo 5 lo siguiente: “Cuando una sociedad residente de España tuviera un establecimiento permanente en Brasil, este establecimiento permanente podrá ser sometido en este Estado a un impuesto retenido en la fuente y de acuerdo con la ley fiscal brasileña. Sin embargo, el impuesto no podrá exceder del 15 por 100 del importe bruto de los beneficios del establecimiento permanente, una vez deducido el Impuesto sobre la Renta de Sociedades relativo a dichos beneficios. No obstante, el impuesto solamente será aplicable cuando los beneficios sean efectivamente transferidos al exterior”.

Así mismo, el *Convenio con el Reino Unido* contempla en su artículo 10 párrafo 7, parte final, lo siguiente: “No obstante lo anterior, siempre que una sociedad residente de un Estado Contratante tenga un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante, puede ser sometida en él a cualquier impuesto retenido en la fuente establecido por la legislación interna de ese otro Estado Contratante, pero tal impuesto no excederá del 15 por 100 de los beneficios distribuidos de la sociedad que sean atribuibles al establecimiento, no pudiendo incluirse, naturalmente, como beneficio distribuido del Impuesto de Sociedades.”

Norma parecida contiene el *Convenio con Suecia* cuando señala en su artículo 10 párrafo 5, parte final, lo siguiente: “Sin embargo, esta disposición no impedirá que España grave a una sociedad sueca que tenga un establecimiento permanente en España, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 23 del Decreto 3.357/1967, de 23 de diciembre, pero el tipo de imposición no excederá del 15 por 100”.

El *Convenio con Túnez* en el párrafo 8 de su artículo 10 establece que “no obstante las disposiciones del párrafo 7 del presente artículo, los dividendos distribuidos por una sociedad residente de un Estado contratante que tenga un establecimiento permanente en el otro Estado contratante podrán someterse a imposición en este otro Estado, en la proporción en que los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente se encuentren en relación con el beneficio contable total de la mencionada sociedad y a un tipo de gravamen que no podrá exceder del 5 por 100”.

Por último, el *Convenio con Filipinas* en el artículo 4 de su Protocolo se señala lo siguiente: “Con referencia al párrafo 5 del artículo 10, en ningún caso las disposiciones de este Convenio pueden interpretarse en el sentido de impedir que la República de Filipinas someta las ganancias (excepto las derivadas de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional) de una empresa residente en Es-

En el *Convenio de España con Estados Unidos*, el artículo 14 establecía el impuesto sobre las sucursales también llamado “branch tax” o impuesto adicional. Veamos brevemente el origen de este impuesto en la legislación norteamericana, su justificación de acuerdo al Congreso norteamericano y cómo está plasmado en la legislación fiscal norteamericana, impuesto que luego Estados Unidos trasladó a sus convenios, con la respectiva personalización de los establecimientos permanentes que ello conllevó.

El “branch tax” tuvo sus antecedentes en el Tax Reform Act de 1986. Esta fue una reforma muy importante en la legislación tributaria norteamericana. Anteriormente a ella, existía la obligación de retener un 30% con respecto a los dividendos pagados por una subsidiaria residente en el país a su matriz extranjera, aunque ésta no estuviera vinculada a los negocios desarrollados en los Estados Unidos. No existía ningún tipo de retención, ni de imposición, sobre las distribuciones efectuadas por una sucursal ubicada en Estados Unidos a su casa central en el extranjero. También existía la llamada “tributación de segundo nivel” la cual se aplicaba cuando más del 50% de los ingresos o renta bruta de la sociedad extranjera que pagaba el dividendo, durante un periodo de tres años, procedían de una sucursal situada en Estados Unidos, en cuyo caso, los dividendos o intereses satisfechos por dicha sociedad a personas físicas o sociedades no residentes tributaban en Estados Unidos en proporción a los beneficios allí generados. Se retenía un 30% respecto de los dividendos pagados ya que se consideraba que dichos dividendos eran renta efectivamente conectada con negocios en Estados Unidos. A partir de la reforma de 1986, el Internal Revenue Code, principalmente en su sección 884, bajo el título de “Branch Profits Tax” estableció el impuesto a las sucursales que es el que se traslada a los convenios de doble imposición que firma Estados Unidos.

¿Cómo justificó el Congreso norteamericano este nuevo impuesto? Al tramitarse el Tax Reform Act en 1986 y la introducción de la Sección 884 al Internal Revenue Code, el Congreso reconoció la dificultad en la práctica de exigir la retención sobre los dividendos pagados por compañías extranjeras. Desde el punto de vista del Congreso, esta disparidad daba origen a una desigualdad en el trato de las subsidiarias respecto a las sucursales ubicadas en Estados Unidos. Esta desigualdad incentivaba por lo tanto a las sociedades extranjeras a utilizar la figura de la sucursal y creaba pues una ventaja hacia las sociedades extranjeras. Como señala De Las Cuevas Miaja, “en este sentido, la introducción de este impuesto sobre los

pañña imputables a un establecimiento permanente que la misma tenga en la República de Filipinas, a un impuesto adicional al impuesto exigible sobre la renta de una sucursal establecida en la República de Filipinas, siempre que tal impuesto adicional no exceda del 10 por 100 de la parte de estas ganancias transferidas al extranjero”.

beneficios de las sucursales se justifica en el deseo de conseguir una mayor paridad de tratamiento entre las remisiones de fondos de la sucursal a la casa central y la distribución de beneficios por las compañías filiales a sus matrices extranjeras”.²²

Existían pues dos razones principales que justificaban este impuesto:

- En primer lugar, la desigualdad de tratamiento entre la filial norteamericana, perteneciente a accionistas no residentes, la cual tributa no sólo por los beneficios que obtiene sino también cuando distribuye dividendos o paga intereses (se trata del llamado “second-level withholding tax”) y el establecimiento permanente. El Congreso opina que debe de aplicarse el mismo tratamiento a los establecimientos permanentes.
- En segundo lugar, se quiso evitar la discriminación entre las sociedades norteamericanas que pagan el “withholding” y las sociedades extranjeras que al actuar por medio de establecimientos permanentes, no pagan dicho tributo.

Diversos autores han formulado sendas críticas a estas “justificaciones”. Así por ejemplo, De las Cuevas señaló que “no es fácil desde un punto de vista técnico tratar de asimilar el tratamiento que merezcan las distribuciones de dividendos, con las remisiones de beneficios efectuados por una sucursal; en el primer caso el sujeto pasivo es la sociedad matriz perceptora de los dividendos y en el segundo es la propia sucursal, aunque en la Sección 884 se declare establecido el impuesto sobre la sociedad extranjera, en este caso, la casa central. Pero teniendo en cuenta que el Derecho fiscal americano ya con anterioridad a 1986 aplicaba extraterritorialmente su imposición, al extenderla respecto a los dividendos distribuidos por una sociedad no residente cuando el beneficio hubiera sido generado en USA, la modificación establecida por la Ley de 1986 significa simplemente el dar una nueva configuración técnica al impuesto, manteniendo la aplicación extraterritorial de la ley fiscal americana que ya existía”.²³

Si bien esto es cierto, no podemos quedarnos en la afirmación de que se trata de sólo “una nueva configuración técnica”. Creemos que el problema es más profundo así como sus consecuencias. En este sentido estamos de acuerdo con De Juan Peñalosa y Molina Gomez-Arnau cuando, respecto a este tema, afirman lo siguiente: “Se trata de argumentos

²² DE LAS CUEVAS MIAJA, Ignacio: *El impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes*, *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, Ed. Gaceta Fiscal, pág. 321, Madrid, 1991.

²³ DE LAS CUEVAS MIAJA, Ignacio: *El impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes*, op. cit. pág. 321.

especiosos e impregnados de egocentrismo fiscal que no acostumbra a ver la fiscalidad internacional sino únicamente desde su propia órbita. El hecho de que una filial no tenga el mismo régimen fiscal que una sucursal es normal en todas las legislaciones porque no están en la misma situación -una tiene personalidad y residencia en USA y la sucursal no- pero es que además esa disparidad de situación sólo se produce si se contempla la situación en USA, no si se mira el cuadro completo, es decir, la situación fiscal en los dos países -el de situación de la sucursal y el de residencia de su empresa-. La ausencia de gravamen de los beneficios 'distribuidos' (dividend equivalent amount) por la sucursal sólo significa que tributará 'menos' en USA y 'más' en el país de residencia (este último país no tendrá que imputar el impuesto adicional, lo que ocurrirá si USA lo exige)."

Y añaden los referidos autores algo que pensamos que constituye la médula del problema en sí: "Lo que, en el fondo, se ha producido en USA es una identificación del binomio 'filial/sucursal', es decir, una personalización casi completa del establecimiento permanente hasta el punto de considerar que 'distribuye' dividendos a su central".²⁴ Esta constituye pues la raíz del problema.

Siguiendo a De Juan Peñalosa y Molina Gomez-Arnavau²⁵, a partir del Mo-

²⁴ DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y MOLINA GOMEZ-ARNAU, Pilar: *Impuesto sobre las sucursales "Branch Tax"*, Estudios sobre el Convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición, Ed. gaceta Fiscal, Madrid, 1991, págs. 303-304. En otro trabajo sobre el mismo tema, De Juan Peñalosa señala las siguientes críticas que compartimos: "El método U.S.A. no llega a ser todo un 'sistema'. La sucursal como tal se grava por el sistema de contabilidad separada. Pero se impone un gravamen adicional sobre los dividendos e intereses que repartidos y pagados por la sociedad extranjera fuera de los U.S.A. se consideren atribuidos al establecimiento permanente radicado en el territorio de aquél país. Se trata, pues, de un sistema 'mixto'. Su justificación es endeble y las críticas han sido abundantes. Pretende justificarse el impuesto adicional sobre las sucursales alegando la necesidad de evitar la discriminación entre filiales y sucursales... esta visión de la discriminación es torpe porque la imposición en la fuente sobre los dividendos que distribuye la sociedad filial no es un impuesto sobre ella sino sobre los accionistas. Se están comparando, pues, dos impuestos sobre dos entes diferenciados con los que soporta una sucursal o establecimiento permanente. Se trata de un enfoque parcial y rabiósamente fiscalista. Lo que, en realidad, se está comparando es lo que una filial recauda para el tesoro norteamericano, con lo que 'deja' una sucursal y, además, sin tener en cuenta, para nada, el gravamen completo, es decir lo que ocurre con la imposición de la filial y sucursal en el país de la matriz y de la central" (OLALDE MARTIN, Tomás, DE LUIS MONASTERIO, Felix, DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y DE LUIS VILLOTA, Felix: *El convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos*, op. cit, pág.8).

²⁵ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis y MOLINA GOMEZ-ARNAU, Pilar: *Impuesto sobre las sucursales "Branch Tax"* op. cit. págs. 299-303.

delo de 1963 hasta el de 1977 y la versión actual, la OCDE ha ido dotando a las sucursales de una cierta personalidad por lo que de acuerdo con estos autores, los rasgos más saltantes de esta paulatina personalización se pueden apreciar principalmente en tres puntos:

- La integración de los rendimientos procedentes de terceros países en los resultados del establecimiento permanente. Esto lo encontramos en el artículo 21 párrafo 2 del Modelo. El establecimiento permanente, siendo considerado no residente, será gravado por su renta de fuente mundial, al igual que los residentes, cosa que también sucede en la legislación fiscal española por más que se le incluye dentro de la obligación real de contribuir.
- Se admite que sea el país del establecimiento permanente el que evite la doble imposición, lo que siempre hace el país de residencia. Se le atribuye pues una especie de cuasi-residencia al establecimiento permanente.
- En virtud del principio de no discriminación, se equipara cada vez más la empresa residente y el establecimiento permanente. Esto significa no sólo la aplicación de las mismas normas para la determinación de la base imponible sino también la aplicación de la desgravación por dividendos cuando el establecimiento permanente tenga una cartera de títulos que le convierten en casa matriz de una filial con la posibilidad de aplicar al establecimiento el sistema de doble tipo en los países que lo tengan, etc.

La indicada personalización se vio pues plasmada en el “branch tax” norteamericano, impuesto que a su vez estuvo reflejado en el convenio de doble imposición entre España y Estados Unidos. Entonces, ¿En qué consistió el denominado “branch tax” en los Estados Unidos? Como ya indicamos, el Impuesto adicional sobre las Sucursales o “branch tax” se encuentra en el “Internal Revenue Code” en sus Secciones 951-861-882 y 884. Debemos comenzar señalando que el branch tax se divide en dos formas o modalidades: el “branch profits tax” y el “branch level interest tax”.²⁶

Con respecto a la primera modalidad, el llamado “branch profits tax”, consiste en gravar en un 30% la denominada “Cuantía Equivalente a Divi-

²⁶ Un interesante análisis sobre la problemática de la aplicación del “branch tax” en España se puede ver en CAVESTANY MANZANEDO, María Antonia: *El impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes*, Impuestos, tomo I, 1992 págs. 63-66. Ver también: CARRASCO REIJA, Leticia y CARRASCO REIJA, Joaquín: *Planificación fiscal internacional (IV): medidas antielusión*, Estudios Financieros N° 121, abril, 1993, págs. 44-45.

dendo”, que consiste en aquellos beneficios estimados obtenidos a través de una sucursal norteamericana por sociedades extranjeras y que se encuentren vinculados efectivamente a la actividad comercial o industrial que aquella desarrolle en Estados Unidos. Dichos beneficios pueden haber sido o no distribuidos. Este es un impuesto exigido con independencia del impuesto que grava el beneficio de la sucursal. Su finalidad es disminuir la diferencia de tributación que de otra manera existiría entre los dividendos que recibe una sociedad de su filial y los beneficios obtenidos por una sociedad por intermedio de su sucursal. Cabe añadir que el impuesto no se exige cuando el beneficio de la sucursal es reinvertido en el propio país.

La segunda modalidad es el llamado “branch level interest tax” también conocido como gravamen adicional sobre los intereses. Esta segunda modalidad consiste en equiparar los intereses pagados por una sociedad de los Estados Unidos con los intereses satisfechos con motivo de una actividad comercial o industrial realizada en Estados Unidos por una sociedad extranjera. Por lo tanto quedan estos últimos sometidos a tributación por retención. Hay que señalar que para el cálculo de los beneficios atribuibles a la actividad, no sólo se deducen los intereses satisfechos sino todos aquellos intereses atribuibles a la actividad aunque no sean pagados por la sucursal sino por la casa central para los fines de la actividad en los Estados Unidos.

El artículo 14 del Convenio de España con Estados Unidos²⁷ bajo el título

²⁷ El artículo 14 del Convenio entre España y Estados Unidos estableció lo siguiente:

- “1. No obstante las demás disposiciones del presente Convenio, una sociedad residente de España podrá someterse en los Estados Unidos a un impuesto adicional a la imposición aplicable con arreglo a las restantes disposiciones del mismo. Dicho impuesto adicional no podrá exceder del:
- a) 10 por 100 de las “cuantía equivalente al dividendo” de los beneficios de la Sociedad que estén efectivamente vinculados (o se traten como efectivamente vinculados) a la realización de una actividad comercial o industrial en los Estados Unidos y sean imputables a un establecimiento permanente en los Estados Unidos o esté sometidos a imposición en los Estados Unidos con arreglo al artículo 6 (rentas de bienes inmuebles) o al apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital);
 - b) 10 por 100 del exceso, si lo hubiere, de los intereses deducibles en los Estados Unidos para la determinación de los beneficios de la Sociedad que sean inmutables a un establecimiento permanente en los Estados Unidos o estén sometidos a imposición en los Estados Unidos con arreglo al artículo 6 (rentas de bienes inmuebles) o al apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital), sobre los intereses pagados por o con cargo a ese establecimiento permanente o actividad comercial o industrial en los Estados Unidos. Cuando se trate de Bancos residentes en España el impuesto aplicable con cargo a este subapartado no podrá exigirse a un tipo superior al 5 por 100.

de "Imposición sobre Sucursales" instauró pues el "branch tax" norteamericano. De acuerdo con este artículo, los Estados Unidos tiene el derecho de gravar con un máximo del 10% la "cuantía equivalente al dividendo" (primera modalidad ya analizada que grava los beneficios o lo que es lo mismo el llamado "branch profits tax") de los beneficios de la sociedad a la realización de una actividad comercial o industrial en los Estados Unidos y que sean imputables a un establecimiento permanente en los Estados Unidos o que estén sometidos a imposición en dicho país con arreglo al artículo 6 rentas de bienes inmuebles) o al apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital). Como se puede apreciar, el tipo fijado en la legislación interna norteamericana del 30% se reduce a un 10% en el Convenio. Así mismo, también tiene derecho los Estados Unidos a gravar con el 10% del exceso, en caso que lo hubiere, de los intereses deducibles en los Estados Unidos para la determinación de los beneficios de la sociedad española (segunda modalidad ya analizada, es decir, el llamado "branch level interest tax") que sean imputables a un establecimiento permanente en los Estados Unidos con arreglo al artículo 6 (rentas de bienes inmuebles), o al apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital), sobre los intereses pagados, por o con cargo a dicho establecimiento permanente o actividad comercial o industrial en los Estados Unidos.²⁸ En el caso de bancos residen-

2. No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, cuando una Sociedad residente en los Estados Unidos realice actividades empresariales en España mediante un establecimiento permanente ahí situado u obtenga rentas sometidas a imposición en España con arreglo al artículo 6 (rentas de bienes inmuebles) o al apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital), España podrá aplicar, además de la imposición exigible conforme a otras disposiciones del presente Convenio y con arreglo a su legislación interna, un impuesto sobre los beneficios imputables al establecimiento permanente o las rentas citadas más arriba, netos del Impuesto sobre Sociedades relativo a dichos beneficios o rentas, y sobre los intereses deducibles para la determinación de tales beneficios o rentas semejantes a los intereses a los que se refiere el apartado 1, b). El impuesto adicional no podrá exigirse a un tipo superior al 5 por 100 respecto de los intereses deducibles citados más arriba cuando se trate de Bancos residentes de los Estados Unidos, ni a un tipo superior al 10 por 100 de los restantes casos."

Así mismo, el punto 11 de su Protocolo establece lo siguiente:

- a) Con referencia al impuesto adicional exigible conforme al artículo 14, se entenderá que el impuesto solamente será exigible respecto de las rentas sometidas a imposición con arreglo al artículo 6 (Rentas de Bienes Inmuebles), o al apartado 1 del artículo 13 (Ganancias de Capital), cuando dichas rentas sean, o hayan sido, sometidas a imposición sobre la base neta.
- b) En relación con el apartado 1,b), y el apartado 2, se entenderá que el término "bancos" incluye las Cajas de Ahorro."

²⁸ Acertadamente, José Luis De Juan Peñalosa Y Pilar Molina Gomez-Arnau observan al respecto lo siguiente: "Se aproxima más a un impuesto sobre los 'dividendos' (o sobre intereses) pagados a su central (o a prestamistas extranjeros). La OCDE no

tes en España así como Cajas de Ahorro (artículo 11 del Protocolo) el tipo se reduce a un 5%. Al igual que con la primera modalidad, el tipo queda reducido de un 30% en la legislación interna norteamericana a un 10% en el Convenio.²⁹

En contrapartida, la Administración española introdujo en el punto 2 del artículo 14 la posibilidad de crear un impuesto similar al norteamericano.³⁰

¿Cuales son en realidad los alcances de esta posibilidad? Diversos autores, en especial De Juan y Peñalosa³¹, han formulado sendas críticas a esta contrapartida ya que se apreciarían ciertas diferencias con respecto al impuesto norteamericano. Entre otras cosas, De Juan y Peñalosa observa lo siguiente:

- En primer lugar, se exige que los beneficios se encuentren vinculados a una actividad comercial o industrial en los Estados Unidos con lo que quedarían excluidas las demás rentas del establecimiento permanente. En cambio, el margen que se reserva España alcanza a todos

permite el gravamen de tales 'dividendos' (o intereses). En primer término, porque sólo por asimilación caben los 'dividendos' dentro de la definición de esta categoría de rentas; en segundo lugar, porque no caben en el apartado 1 del art. 10 del Convenio ("Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante...") por cuanto el establecimiento permanente no es persona, no es sociedad y no es residente del país donde está situado; cuando un establecimiento remite los 'dividendos' a su central sólo hay, jurídica y económicamente hablando, una remesa de fondos 'dentro' de la propia entidad; en tercer lugar, el párrafo 5 del art. 10 del modelo de la OCDE prohíbe expresamente la imposición extraterritorial de los dividendos lo que impide cualquier gravamen que no sea el del país de residencia del perceptor y, sólo permite limitadamente, el de residencia del pagador, pero, en ningún caso, el del país donde radica el establecimiento permanente o se desarrolla el negocio o actividad" (DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y MOLINA GOMEZ-ARNAU, Pilar: *Impuesto sobre las sucursales "Branch Tax"*, op. cit., págs. 306-307).

²⁹ No queremos entrar al tema de los Tratados como fuente de poder tributario porque ello significaría extendernos demasiado. Tan sólo queremos dejar en claro nuestra opinión al respecto y es la siguiente: si bien es cierto que el Convenio en cuestión instaura un tributo adicional, totalmente novedoso en la legislación interna española, pensamos que el Convenio no autoriza o faculta por sí mismo a exigir el tributo en España. Un Convenio fiscal no crea tributos, a lo más puede limitarlos o modificarlos si se quiere. Si España desea aplicarlo tendrá que establecerlo por Ley y no por Real Decreto.

³⁰ En el siguiente acápite nos referiremos al impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes, impuesto creado por el Legislador español en aplicación del punto 2 del artículo 14 del Convenio.

³¹ Ver DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y MOLINA GOMEZ-ARNAU, Pilar: *Impuesto sobre las sucursales "Branch Tax"* op. cit., págs. 308-309; así como DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y otros: *El convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos*, op. cit. págs. 9-10.

los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente sometidos a tributación al amparo de los artículos 6 y 13 del Convenio. Esto quiere decir que la reserva por parte de España no se reduce simplemente a los beneficios vinculados a una actividad en territorio español sino que se extiende a todos los beneficios que tenga un establecimiento permanente procedan de donde procedan, es decir, aunque provengan de actividades realizadas fuera de España o sometidas a imposición como renta o ganancia inmobiliaria.

- En segundo lugar, señala De Juan Y Peñalosa que el margen de tributación que se reservan los Estados Unidos se refiere a la denominada “Cuantía Equivalente al Dividendo”, es decir, al importe que por equiparación sería atribuible como dividendo, lo cual exige la aplicación de los ajustes por exclusión cuando parte o la totalidad de los beneficios se reinviertan en Estados Unidos. Pero el margen que se reserva España hace una referencia más genérica ya que habla de los beneficios “imputables al establecimiento permanente”. Ya tendría que ser la legislación interna la que limitase la aplicación del impuesto para salvar los supuestos de reinversión u otras situaciones.
- En tercer lugar, la redacción sobre la posible aplicación en España del impuesto adicional sobre intereses es gravemente confusa ya que con ella se busca establecer una reserva con respecto a una posibilidad de tributación totalmente desconocida en el sistema tributario actual español. La norma en lugar de hacer referencia a la aplicación de un 10% “sobre los intereses deducibles para la determinación de tales beneficios o rentas semejantes a los intereses los que se refiere el apartado 1.b)”, debió referirse solo al impuesto sobre el exceso sobre intereses deducibles y los realmente pagados por la sucursal.³²
- En cuarto lugar, la delegación española ha “resucitado” en este Convenio una suerte de cifra relativa de dividendos e intereses. Como se

³² Al respecto, señalan De Juan Peñalosa y Molina Gómez-Arnau lo siguiente: “La intención de establecer en favor de España una posibilidad paralela y equiparable al del sistema fiscal norteamericano es clara, pero no es explícita. El Senado de los Estados Unidos lo da por sentado, pero el texto del Convenio no refleja adecuadamente dicha intención ya que se refiere globalmente a 'intereses deducibles'. El resultado final pudiera parecer idéntico, es decir, tanto si el 10% cubre todo el interés deducible (pagado o no), como si se grava primeramente el interés pagado por el establecimiento permanente -al 10% por aplicación del art.11- y se exige como impuesto adicional, un 10% sobre el exceso. Sin embargo, no es así. Conforme a la segunda interpretación (que creemos es la correcta), no necesariamente tributa todo el interés deducible, sino únicamente en lo que excede del interés satisfecho; por su parte, la tributación sobre el interés satisfecho dependerá de otros factores así como de la posible aplicación de una exención, bonificación o límite” (DE JUAN PEÑALOSA, José Luis y MOLINA GÓMEZ-ARNAU, Pilar: *Impuesto sobre las sucursales “Branch Tax”*, op. cit., pág. 309).

sabe, los establecimientos permanentes se gravan en España por el sistema de contabilidad separada. Se considera pues al establecimiento como una entidad distinta de su central. Esos serán los beneficios atribuibles a dicho establecimiento. El impuesto adicional que señala el Convenio, es decir, impuesto que se añade al común sobre los beneficios del establecimiento, toma como base imponible un porcentaje de los dividendos distribuidos por la central y atribuibles al establecimiento permanente con lo que se estaría volviendo al sistema de cifra relativa aplicada sobre los dividendos. Lo mismo sucede con los intereses, aunque como ya mencionamos en párrafos anteriores, el fundamento de este impuesto adicional más que en el sistema de cifra relativa en sí, lo encontramos en una personalización cada vez más frecuente del establecimiento permanente. Coincidimos con De Juan Peñalosa cuando afirma que el “branch tax” obligaría a la Administración Española a regular otra vez la cifra relativa de dividendos e intereses cuando ya se había dejado de lado ese sistema de gravamen en España.

Es obvio que la aplicación del artículo 14 del Convenio obligó a España a reelaborar sus legislación interna, al menos para incorporar este “impuesto adicional” a su normativa propia. La posterior creación en España de un “impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes” es consecuencia de esto. Fue así que en aplicación del punto 2 del artículo 14 del Convenio, el Legislador español se vio en la necesidad de instaurar una especie de “Branch Profits Tax” aplicable a las sociedades norteamericanas con establecimientos permanentes en España. El impuesto adicional sobre los establecimientos permanentes, fue de aplicación no sólo a los establecimientos permanentes en España de sociedades norteamericanas sino en principio a cualquier establecimiento permanente que transfiera rentas al extranjero.

Finalmente cabe destacar que en relación al tratamiento de *los beneficios empresariales*, el *Convenio de España con Estados Unidos* incluye en el párrafo 5 de su artículo 7 (párrafo 6 del Modelo), referente a la continuidad de regímenes o métodos, una definición interesante de lo que dicho Convenio entiende por beneficios empresariales del establecimiento permanente. Dice el mencionado párrafo 5 lo siguiente: “A los efectos de este Convenio, los beneficios imputables al establecimiento permanente comprenderán solamente los beneficios o las pérdidas derivadas de los activos o las actividades del establecimiento permanente...” Así mismo, en relación a los gastos deducibles, incluye...” los gastos de investigación y desarrollo, los intereses, y otros gastos similares y una participación razonable en los gastos de dirección y generales de administración...”.

VIII) ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL MODELO USA 1996

Como ya mencionáramos haciendo referencia al caso español, el Modelo USA de 1981 trajo consigo múltiples particularidades. Muchas de estas han sido suprimidas en el Modelo USA de 1996, como es el caso del famoso “Impuestos sobre las sucursales”. Sin embargo, aún quedan ciertos detalles y particularidades en el Modelo USA vigente ante los cuales el Perú tendrá que tomar posiciones al momento de negociar su CDI con los Estados Unidos. Entre otras particularidades, podemos mencionar las siguientes:

- a) La utilización del criterio de conexión *residencia*, obviamente se complica ante la introducción por el Modelo USA del criterio de *nacionalidad / ciudadanía* (“citizenship”). Esto se puede apreciar en los artículos 1 y 4 del Modelo USA. Especialmente, el artículo 4 el cual introduce, entre otros conceptos ya contenidos en el Modelo OCDE, el criterio de nacionalidad y el del lugar de constitución para el caso de las personas jurídicas.
- b) En relación al artículo 5 del Modelo USA, dicho artículo establece el *concepto de establecimiento permanente* a utilizar y repite la misma definición general así como el listado de supuestos contenidos en el Modelo de la OCDE. Las únicas diferencias que caben destacar las encontramos en el párrafo tercero el cual incluye como establecimientos permanentes a las instalaciones o plataformas o barcos de perforación utilizados para la exploración y explotación de recursos naturales, sólo si su duración continúa por más de doce meses. En el Convenio de doble imposición entre España y Estados Unidos este plazo es de seis meses. Así pues, este artículo se va adaptando a las diversas negociaciones dependiendo del país con el que se negocie. Sería recomendable que Perú adoptara el plazo de seis meses.
- c) En lo que al tratamiento de los *beneficios empresariales* se refiere³³, el

³³ Queremos indicar que el artículo 7 del Modelo USA incorpora un nuevo párrafo, en este caso con el número 7, en el cual se definen los alcances del término “beneficios empresariales”, aunque en el texto en inglés del Modelo USA este término está escrito como “business profits” y no simplemente “profits” como lo hace el Modelo de la OCDE. El término “business” tiene diversos significados en el lenguaje jurídico y comercial anglosajón significando por lo general “negocio” o “comercio” dependiendo del contexto en que se utilice. El párrafo 7 del Modelo USA establece en inglés lo siguiente: “For the purposes of the Convention, the term 'business profits' means income derived from any trade or business, including the rental of tangible personal property and the rental or licensing of cinematographic films or films or tapes used for radio or television broadcasting”. Se incluye pues la renta proveniente de cualquier comercio o negocio incluyendo el alquiler de bienes muebles tangibles, así como el alquiler o autorización de películas cinematográficas

Modelo USA en su artículo 7 trata esta clase de beneficios de una manera muy similar al señalado en el Modelo de la OCDE, es decir, se establece que los beneficios de una empresa tributan en el país donde está domiciliada o nacionalizada dicha empresa, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante mediante un establecimiento permanente. De ser así, los beneficios se gravarán en el otro Estado contratante pero sólo en la medida que sean atribuibles a dicho establecimiento permanente. El párrafo 2 de su artículo 7 incluye el término “independiente” en lugar de “separada” refiriéndose al establecimiento permanente, así como que omite la última frase “y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”.

- d) En cuanto a la *deducción de gastos* señalada en el tercer párrafo del artículo 7 en cuestión, se incorporan nuevos conceptos ampliándose lo especificado en el Modelo de la OCDE. Dice así el tercer párrafo: “Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente, se permitirá la deducción de los gastos en que se haya incurrido para la realización de los fines del establecimiento permanente, *incluyendo una participación razonable en los gastos de dirección y generales de administración, gastos de investigación y desarrollo, los intereses y otros gastos incurridos para los propósitos de la empresa como un todo (o la parte que corresponda al establecimiento permanente)*, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte”.
- e) En relación al *método aplicado para el cálculo de los beneficios*, el Modelo USA omite el párrafo 4 del artículo 7 del Modelo de la OCDE el cual permitía la aplicación de otro método distinto al de contabilidad separada. Así mismo, el párrafo 5 que determina la continuidad del método empleado para cada año añade en el Modelo USA que los beneficios imputables al establecimiento permanente “*deberán incluir solamente los beneficios derivados de los activos o las actividades del establecimiento permanente* y se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma”. Se reafirma de esta manera el principio de vinculación efectiva ya señalado en el primer párrafo del artículo.
- f) Respecto a las *rentas de empresas de transporte internacional*, el primer párrafo de su artículo 8 establece que los beneficios de una empresa de un Estado Contratante provenientes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional, sólo serán gravados en dicho Estado. Se omite pues la referencia a la sede de dirección efectiva utilizada por el Modelo de la OCDE.

o películas o cintas utilizadas para difusión por radio o televisión.

- g) En relación al tratamiento de las rentas mobiliarias y los establecimientos permanentes, diremos en primer lugar que en cuanto a los *dividendos*, se repite lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 10 del Modelo de la OCDE, es decir, que no se aplica el párrafo 2, más el Modelo USA no menciona el párrafo 1, al establecimiento permanente ya que los dividendos que este perciba se considerarán rendimientos o beneficios de ese establecimiento permanente y tributarán en el Estado en donde se encuentre ubicado aplicándole las reglas del artículo 7 o del artículo 14 si se trata de una base fija.

Sin embargo, el artículo 10 del Modelo USA de 1996 contiene diversas novedades que no se incluyen en el Modelo OCDE, como es el caso de los párrafos 3, 4, 8 y 9 referidos al caso de dividendos pagados por una “Regulated Investment Company” o una “Real State Investment Trust (REIT)”; el caso de entidades gubernamentales que no controlan al pagador del dividendo; etc.

- h) En cuanto a los *intereses*, el Modelo USA en su artículo 11 repite lo establecido en el párrafo 4 del artículo 11 del Modelo de la OCDE. Indica que no es aplicable el párrafo 1 (pues el Modelo USA omite el párrafo 2 del artículo 11 del Modelo de la OCDE) cuando el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado Contratante, ejerce en el otro Estado Contratante, del que proceden los intereses, una actividad industrial o comercial por medio de un establecimiento permanente situado en este otro Estado o presta unos servicios profesionales por medio de una base fija situada en él, y el interés es atribuido a dicho establecimiento permanente o base fija. De ser así se aplican los artículos 7 y 14 respectivamente. El artículo 11 del Modelo USA incluye además un nuevo párrafo, el número 5, sobre el caso de pago de intereses con referencia a ventas, rentas, ganancias, etc.
- i) El artículo 22 del Modelo USA de 1996 incluye la cláusula sobre “*Limitación de beneficios*” a la cual ya hiciéramos referencia en párrafos anteriores. Cabe reiterar que esta cláusula es propia del Modelo USA y no existe en el Modelo OCDE.
- j) Por último, respecto a los *cánones* y a las *ganancias de capital*, el Modelo USA prácticamente repite los artículos 12 y 13 del Modelo de la OCDE por lo que no hay ninguna novedad en especial que anotar. Lo mismo puede decirse para el artículo 21 referente a “*otras rentas*” y el artículo 24 sobre el “*principio de no discriminación*”. Todos estos artículos adoptan lo señalado por el Modelo de la OCDE.

Estas son sólo algunas particularidades del Modelo USA 1996. No ha sido nuestra intención efectuar un análisis profundo de este Modelo sino tan sólo el señalar muy brevemente algunas particularidades que llaman la atención.

IX) A MODO DE CONCLUSIONES

La intención de este trabajo ha sido, principalmente, la de llamar la atención sobre la urgente necesidad de comenzar a negociar un Convenio para evitar la doble imposición con los Estados Unidos, así como el explicar en qué consisten estos convenios y cómo se negocian a la luz de la experiencia española. No ha sido la intención de este trabajo el efectuar un análisis exhaustivo del Modelo USA de 1996 o el de 1981. Todo lo contrario. La idea es poner una luz roja sobre este tema, mas teniendo en cuenta que el equipo negociador que enfrente al equipo estadounidense al momento de negociar un CDI, tendrá que conocer a profundidad no solamente el Modelo OCDE y el Modelo peruano, sino muy especialmente deberá conocer las particularidades del Modelo USA de 1996, así como la estructura jurídica fiscal del sistema federal impositivo de los Estados Unidos.

Como señaláramos al principio de este trabajo, la suscripción de un Tratado de Libre Comercio del Perú con los Estados Unidos, constituyó un gran paso para el Perú. Sin embargo, consideramos que sería estupendo complementar el TLC suscrito con un Convenio para evitar la doble imposición con los Estados Unidos. Hemos podido apreciar la experiencia española cuando negoció y firmó su CDI con los Estados Unidos, toda la problemática que originó la difícil armonización del criterio de residencia con el de nacionalidad o ciudadanía o como se le quiera denominar. Así mismo, nos hemos referido a las dificultades de la implementación de un impuesto sobre las sucursales, cosa que desnaturaliza un convenio para evitar la doble imposición ya que dichos convenios no son negociados para crear tributos sino para evitar la doble imposición. Si bien el actual Modelo USA de 1996 ya no incluye dicho impuesto, hemos apreciado toda la problemática que originó en su momento la implementación del CDI de Estados Unidos con España, tanto así que dicha nación tuvo que crear, a su vez, un tributo similar. Al menos el Perú no tendrá que lidiar con la implementación de dicho impuesto. De otro lado, la implementación en el caso español de la cláusula de "limitación de beneficios", constituye una experiencia que el Perú va a tener que tomar en cuenta cuando negocie su convenio. Este es todo un clausulado complicado que no es fácil de estructurar e implementar.

En todo caso, el Perú debe comenzar a prepararse para negociar un CDI con los Estados Unidos. Este convenio constituye una necesidad urgente que complementará de forma beneficiosa los negocios e inversiones que se efectúen dentro del ámbito del TLC suscrito. De otra manera, siempre el fenómeno de doble imposición constituirá un factor negativo para las inversiones. Es hora pues de comenzar a prepararse en vistas a tener a la brevedad un CDI con los Estados Unidos.

SUMILLA / RESUMEN

El trabajo llama la atención sobre la urgente necesidad de negociar un Convenio para evitar la doble imposición con los Estados Unidos, especialmente cuando ya se tiene un TLC con dicho país. De allí que el trabajo principie explicando de manera muy sencilla en qué consisten estos convenios y cómo se negocian. Para ello se hace referencia a la experiencia de España cuando negoció su convenio con los Estados Unidos a principios de la década del noventa. No ha sido la intención de este trabajo el efectuar un análisis exhaustivo del Modelo USA de 1996 o el de 1981. Todo lo contrario. El objetivo ha sido el de poner una luz roja sobre este tema, y de la urgente necesidad de conocer a profundidad no solamente el Modelo OCDE y el Modelo peruano, sino muy especialmente conocer las particularidades del Modelo USA de 1996, así como la estructura jurídica fiscal del sistema federal impositivo de los Estados Unidos.

En el trabajo se destaca la experiencia española cuando negoció y firmó su CDI con los Estados Unidos, toda la problemática que originó la difícil armonización del criterio de residencia con el de nacionalidad o ciudadanía. Así mismo, menciona las dificultades de la implementación de un impuesto sobre las sucursales, cosa que desnaturalizó el convenio suscrito con los Estados Unidos ya que esta clase de convenios no son negociados para crear tributos sino para evitar la doble imposición. Se explica que si bien el actual Modelo USA de 1996 ya no incluye dicho impuesto, destaca la problemática que originó en su momento la implementación del CDI de Estados Unidos con España, tanto así que dicha nación tuvo que crear, a su vez, un tributo similar. Así mismo, el trabajo trata sobre otra particularidad del Modelo Usa de 1996, esto es, la implementación en el caso español de la cláusula de "limitación de beneficios". Ello constituye una experiencia que el Perú va a tener que tomar en cuenta cuando negocie su convenio. Finalmente el trabajo menciona algunas otras particularidades del Modelo USA de 1996 a tomar en cuenta y concluye señalando que el Perú debe comenzar a prepararse para negociar un CDI con los Estados Unidos pues, en opinión del autor, constituye una necesidad urgente que complementará de forma beneficiosa los negocios e inversiones que se efectúen dentro del ámbito del TLC suscrito.