



Consejo Económico y Social

Distr. general
1° de septiembre de 2006
Español
Original: inglés

[Span1]

Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación

Segundo período de sesiones

Ginebra, 30 de octubre a 3 de noviembre de 2006

Tratamiento de los instrumentos financieros islámicos de conformidad con la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*

Resumen

El presente documento contiene una breve descripción de los principales instrumentos financieros islámicos y en él se examina el tratamiento fiscal que se aplicaría en principio a dichos instrumentos de conformidad con la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo.

Los ingresos derivados de la mayoría de dichos instrumentos deberían en principio considerarse como ingresos provenientes de actividades comerciales, dividendos o ingresos derivados de bienes inmuebles, en función del tipo de contrato y del activo subyacente.

* El presente documento fue elaborado por el Sr. Moftah Jassim Al Moftah. Los puntos de vista y opiniones expresados son los del autor y no representan necesariamente los de las Naciones Unidas.



Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–3	3
II. Descripción de los principales contratos	4–14	3
A. Instrumentos de participación en el capital	5–8	3
B. Instrumentos de deuda	9–14	4
III. Aplicación de la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo	15–22	6
IV. Conclusión	23–24	7

I. Introducción

1. El sistema financiero islámico ha experimentado un notable desarrollo en las últimas décadas. Se estima que el total de sus activos a escala mundial oscila entre los 200.000 y los 300.000 millones de dólares y que registra un crecimiento anual medio del 15%. Por sistema financiero islámico se entiende generalmente los servicios y actividades financieras que se ajustan a la *sharia* (ley islámica), la cual se basa en el sagrado Corán y en la Sunnah (tradicción) del Profeta Mahoma.

2. Hay tres grandes elementos distintivos que caracterizan al sistema financiero islámico: la prohibición de la *riba* (intereses), la prohibición del *gharar* (incertidumbre o riesgo) y la prohibición del *maysir* (apuestas). *Riba* quiere decir exceso o aumento. Desde un punto de vista jurídico trasciende el concepto de interés, pero en términos sencillos puede decirse que la *riba* comprende toda ganancia derivada de la concesión de préstamos de dinero. Por lo tanto, abarca todos los tipos de interés (independientemente de la tasa de interés que se aplique), ya sea fijo o variable, simple o compuesto. Por *gharar* se entiende, en términos sencillos, todo elemento de incertidumbre en cualquier actividad comercial o contrato acerca de su objeto o precio. También quiere decir mero riesgo especulativo. El *gharar* se prohíbe por el hecho de que, entre otras cosas, causa una pérdida indebida a una de las partes y un enriquecimiento injustificado de la otra. En cuanto al *maysir*, puede decirse que incluye todos los tipos de juegos de azar o apuestas.

3. En resumen, en el sistema financiero islámico se prohíben todas las formas de interés, incertidumbre y apuestas, y se hace hincapié en la participación en los beneficios y en vincular el rendimiento financiero a la productividad. El presente documento tiene por objetivo describir los principales contratos, transacciones e instrumentos existentes en el sistema financiero islámico (sección 2) y determinar a qué disposiciones de la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo corresponderían (sección 3).

II. Descripción de los principales contratos

4. Los instrumentos financieros islámicos pueden clasificarse de acuerdo a las siguientes categorías: a) instrumentos de participación en el capital (o participación en ganancias y pérdidas); b) instrumentos de deuda; y c) instrumentos de cuasi-deuda. También se examinará el *sukuk*, que es una forma de titularizar los instrumentos mencionados.

A. Instrumentos de participación en el capital

5. Entre los instrumentos de participación en el capital cabe mencionar la *musharaka* y la *mudaraba*. Se las considera como las formas más puras o ideales de contratos permisibles del sistema financiero islámico, puesto que diluyen el riesgo inherente a un proyecto entre todas las partes interesadas. Sin embargo, en la práctica estos instrumentos no representan una parte importante de las actividades de los bancos islámicos.

Musharaka

6. En su sentido literal, *musharaka* significa asociación. Es un contrato de participación en el capital con el cual los asociados o accionistas (por lo general el (los) banco(s) y el (los) cliente(s)) contribuyen conjuntamente a financiar un proyecto. Las ganancias y las pérdidas se dividen de acuerdo a una fórmula previamente convenida. La *musharaka* puede compararse con las sociedades colectivas, las sociedades de responsabilidad limitada y las empresas mixtas.

Mudaraba

7. La *mudaraba* es una sociedad de inversiones en la cual un inversionista (llamado también *rabbul mal*, o dueño del dinero) conviene en proporcionar dinero a otra persona (llamada también *mudarib* o empresario) para que invierta dicho dinero o emprenda una actividad empresarial. Los beneficios se distribuyen sobre la base de una fórmula previamente convenida, mientras que las pérdidas son de responsabilidad exclusiva del inversionista. En caso de pérdidas, el empresario no recibe ingreso alguno.

8. Como se ha descrito anteriormente, el contrato *mudaraba* presenta semejanzas con un contrato suscrito con un fondo de inversiones.

B. Instrumentos de deuda

***Murabaha* (financiación basada en el método de margen sobre el costo)**

9. En su sentido literal, *murabaha* significa venta a una ganancia convenida entre las partes. Estrictamente, es un contrato por el cual el proveedor del capital (banco) en lugar de prestar dinero compra un producto a un tercero a solicitud del usuario del capital (cliente) y se lo revende a éste a un precio más alto fijado con anterioridad. El usuario del capital paga el precio en cuotas, obteniendo así un préstamo sin tener que pagar intereses. El contrato *murabaha* es comparable al acuerdo de venta y reventa que se utiliza en el sistema bancario convencional.

Bai salam

10. Es un contrato de venta según el cual el vendedor se compromete a proporcionar al comprador un producto determinado en una fecha futura a cambio del pago por adelantado del precio (que suele ser menor que el precio de mercado del producto). Por lo tanto, el vendedor obtiene dinero en efectivo en forma inmediata pero debe hacer entrega diferida de dicho producto. Esta modalidad se utiliza principalmente para la financiación agrícola.

Istisna'a

11. En este tipo de contrato, el banco islámico financia el costo de los materiales y la mano de obra necesarios para un proyecto y vende dicho proyecto al cliente. Este último reembolsa al banco el monto anticipado (más un margen de ganancia) con los ingresos derivados del proyecto. El contrato *istisna'a* puede utilizarse para la financiación de proyectos tales como instalaciones industriales y manufactureras, puentes, caminos y carreteras. Por lo general, los bancos islámicos suscriben contratos *istisna'a* paralelos con un contratista que se encargará de la construcción del proyecto.

Qard Al-Hasan (préstamo benévolo)

12. Se trata de préstamos sin intereses que conceden los bancos islámicos. Por lo general, los bancos imponen un cargo por concepto de servicios para cubrir sus gastos. Este cargo no puede sobrepasar un límite fijado por las autoridades. Como ejemplo de este tipo de préstamos cabe mencionar los créditos sin intereses concedidos por los bancos islámicos a personas necesitadas, tales como pequeños agricultores y productores, o consumidores de escasos recursos. El banco, que debe destinar parte de sus fondos a la financiación de esos préstamos, no puede obtener ingresos de ellos ni cobrar por los gastos resultantes.

Instrumentos de cuasi-deuda: contrato ijara

13. La *ijara* es un contrato por el cual el banco islámico, en lugar de prestar dinero, es dueño del activo y lo arrienda al cliente por un plazo y un importe determinados. El banco asume todos los riesgos derivados de la propiedad. Este contrato puede estructurarse como un contrato de arrendamiento y compra por el cual cada pago del arrendamiento incluye el pago de una parte del precio del activo.

Sukuk

14. En su sentido literal, el término *sukuk* significa certificados. Representan una titularidad proporcional en una parte no dividida del activo subyacente. Los *sukuk* presentan semejanzas con los bonos convencionales, aunque se diferencian por el hecho de estar respaldados por activos. Los *sukuk* pueden adoptar diferentes formas, según la manera en que esté estructurado el contrato en relación con el activo subyacente. En concreto, pueden mencionarse las siguientes formas:

- *Salam sukuk*. Representan la titularidad de una parte del capital de una transacción *salam*, estando el capital constituido por un anticipo efectuado al proveedor del producto (cuya entrega se hará en una fecha posterior). El rendimiento bruto para los titulares del *sukuk* es el margen entre el precio de compra del producto y su precio de venta tras su entrega.
- *Istisna'a sukuk*. Representan una parte de la financiación de un proyecto *istisna'a*. El proyecto consiste en fabricar o construir un activo para un cliente a un precio que se ha de pagar en cuotas futuras. El monto total de esas cuotas equivale al valor nominal total del *sukuk*, además de un margen de ganancia.
- *Ijara sukuk*. Representan la titularidad de una parte de un activo arrendado en el que los titulares del *sukuk* asumen en forma colectiva los derechos y obligaciones del arrendador. El titular del *sukuk* tiene una parte del arriendo que es proporcional a la cuota de propiedad en el activo arrendado. De la misma forma, el titular del *sukuk* asume una parte proporcional de toda pérdida que sobrevenga en caso de que quede destruido el activo arrendado.
- *Musharaka sukuk*. Representan la titularidad de una parte del capital de una empresa o proyecto comercial privado. Los titulares del *sukuk* tienen derecho a una parte proporcional de las ganancias y asumen una parte proporcional de las pérdidas.
- *Mudaraba sukuk*. Los titulares del *sukuk* suscriben los certificados emitidos por un *mudarib* (empresario) y se reparten las ganancias y las pérdidas derivadas de las operaciones *mudaraba*. Los beneficios que puedan obtener los

titulares dependen de los ingresos generados por la inversión subyacente. Los titulares del sukuk no están inscritos como propietarios y no pueden asistir a la asamblea general ni votar en ella.

III. Aplicación de la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo

15. En la presente sección se pretende determinar qué disposiciones de la Convención Modelo de las Naciones Unidas se deberían aplicar normalmente a las transacciones e instrumentos descritos anteriormente. En el resto del documento se establecerá como hipótesis a efectos del tratado una situación en la que el beneficiario de los ingresos no es residente del Estado donde se originan.

16. En lo que respecta a los instrumentos de participación en el capital, a saber la *musharaka* y la *mudaraba*, la primera cuestión que cabe abordar consiste en decidir si esos contratos cumplen o no con los requisitos necesarios para tener la condición de residentes en virtud del tratado, vale decir, si una empresa *musharaka* o *mudaraba* puede considerarse residente de un Estado contratante y por lo tanto acogerse a los beneficios del tratado.

17. La respuesta a esta pregunta no resulta obvia, puesto que ambos tipos de contrato deben ser objeto de un cuidadoso estudio a la luz de las disposiciones del tratado y del ordenamiento jurídico interno de ambos Estados contratantes (la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos abordó una cuestión similar respecto a las sociedades). Sin embargo, creemos que una empresa *musharaka* o *mudaraba* no se consideraría residente en virtud de un tratado porque lo más probable es que no tenga personalidad jurídica. La tendría, no obstante, en caso de que adoptara la forma de una de las entidades (jurídicas) previstas en el derecho de sociedades de su Estado de residencia. En ese caso, el hecho de que cumpla o no el criterio de la residencia dependería del tratamiento tributario acordado por el régimen fiscal de ese Estado.

18. A primera vista, no hay duda de que los ingresos derivados de una empresa *musharaka* son ingresos provenientes de actividades comerciales y deberían ser imposables como tales (si la actividad tiene carácter permanente). Lo mismo sucede con una empresa *mudaraba*, con la diferencia de que debería tomarse en consideración el tipo de inversión efectuada por el *mudarib* (empresario), es decir que si el *mudarib* opta por comercializar acciones en la bolsa de valores, por ejemplo, los ingresos obtenidos por el inversionista (el beneficiario no residente) serán tratados como dividendos o como ganancias de capital sobre las acciones, según corresponda.

19. La situación en que el beneficiario no residente es el *mudarib* no resulta tan clara. En este caso en particular, los ingresos derivados son el resultado de la experiencia o conocimientos especializados en materia de comercialización de acciones. Respecto a empresas, bancos y otras entidades, se considerarían como ingresos provenientes de actividades comerciales. Tratándose de particulares, se considerarían ya como ingresos resultantes de servicios personales independientes o como otros ingresos.

20. Con respecto a los instrumentos de deuda y de cuasi-deuda, la situación es la siguiente:

a) La ganancia de los contratos *murabaha*, *bai salam* e *istisna'a* consiste en un margen de beneficios por sobre el precio de costo de un activo, bien o producto. Por lo tanto, por su propia naturaleza se trata de ingresos provenientes de actividades comerciales. Sólo podrá ser gravada cuando la actividad se ajuste al criterio del establecimiento permanente. Esto parece obvio en el caso de los contratos *istisna'a*, puesto que el beneficiario de los ingresos debe fabricar o construir el objeto del contrato en el Estado de origen para vendérselo al cliente. En el caso de los contratos *murabaha*, el beneficiario de los ingresos compra el producto (objeto del contrato) y se lo revende al cliente en el Estado de origen. De conformidad con la Convención Modelo de las Naciones Unidas, a las actividades realizadas en virtud de este tipo de contrato se les aplica el criterio de establecimiento permanente sólo si se desarrollan en un local fijo de negocios (o están relacionadas con él) o por conducto de un representante dependiente (párrafo 5 del artículo 5 de la Convención Modelo). Obsérvese, sin embargo, que en el caso de los contratos *murabaha*, los ingresos podrían gravarse de conformidad con los artículos 6 y 13 de la Convención Modelo de las Naciones Unidas (bienes inmuebles) si el objeto del contrato fuera bienes inmuebles y la actividad del beneficiario no consistiera en comercializar dichos bienes. Con respecto a los contratos *bai salam*, el tratamiento tributario depende del lugar en que el beneficiario (no residente) venda el producto que compró al cliente en el Estado de origen. Si la venta se efectúa fuera del Estado de origen, resultará sumamente difícil llegar a la conclusión de que el beneficiario tiene un establecimiento permanente en él e imponerle los impuestos correspondientes. Si, por el contrario, la venta se efectúa en el Estado de origen, sólo se impondrá un impuesto al beneficiario (de conformidad con la Convención Modelo de las Naciones Unidas) si mantiene un local fijo de negocios en dicho Estado o si la venta se efectúa por conducto de un representante dependiente;

b) En los contratos *ijara*, los ingresos se derivan del arrendamiento del activo objeto del contrato. Por lo tanto, serán gravables de conformidad con los artículos 6 y 13 de la Convención Modelo de las Naciones Unidas si el activo es un bien inmueble. Si el activo es una aeronave o buque utilizado en el tráfico internacional se aplicará el artículo 8. De lo contrario, los ingresos serán gravables como ingresos provenientes de actividades comerciales.

21. El análisis realizado seguiría siendo válido, en principio, en caso de que los ingresos derivados de las distintas transacciones descritas en los párrafos anteriores tuvieran su origen en el *sukuk*.

22. Sin embargo, en los casos en que una empresa *musharaka* cumpla con el criterio de residencia, los ingresos derivados del *musharaka sukuk* se considerarían dividendos y serían gravados consecuentemente. Lo mismo sucedería con los *mudaraba sukuk*, aunque los titulares del *sukuk* no tienen derecho a voto y no asisten a las reuniones de la asamblea general.

IV. Conclusión

23. En principio, los ingresos derivados de la mayoría de los instrumentos financieros islámicos se consideran como ingresos provenientes de actividades comerciales, dividendos o ingresos derivados de bienes inmuebles, en función

del tipo de contrato y del activo subyacente (bienes inmuebles o no). Por lo general, ninguno de esos instrumentos generaría ingresos que pudieran considerarse como intereses, puesto que justamente fueron concebidos para evitar que se contraigan deudas que devenguen intereses.

24. Obsérvese, sin embargo, que algunos países (como Malasia y el Reino Unido) estiman que algunas de las transacciones financieras islámicas son transacciones para la financiación de deudas y consideran (para fines tributarios) que los pagos efectuados de conformidad con esas transacciones equivalen al pago de intereses. La razón es colocar las alternativas financieras islámicas en pie de igualdad (desde un punto de vista tributario) con las modalidades financieras convencionales (en particular en lo referente a la deducibilidad de los intereses y la no deducibilidad de los dividendos, derechos de timbre sobre las transacciones de venta y reventa, etc.).

Referencias

Cahiers de droit fiscal international (2005). Volumen 90a: Source and residence: new configuration of their principles. Buenos Aires, págs. 34 y 84 a 87.

Kemmeren, Eric C.C.M. (2001). *Principle of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models*. Dongen, Netherlands: Pijnenburg.

Messere, K. y J. Owens (1988). The impact of different income tax systems on international flows of capital, services and technology. Paper presented at the 44th Congress of the International Institute of Public Finance, Estambul, pág. 87.

Pijl, H. (2002). The concept of permanent establishment and the proposed Changes to the OECD commentary with special reference to Dutch case law. *Bulletin* (International Bureau of Fiscal Documentation), Amsterdam, págs. 554-562, noviembre.

(2005). The relationship between article 5, paragraphs 1 and 3, of the OECD Model Commentary. *Intertax*, No. 4 (April), p. 189.

Naciones Unidas (2001). *Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.01.XVI.2).