Naciones Unidas E/C.18/2010/3

Consejo Económico y Social

Distr. general
3 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación
Sexto período de sesiones
Ginebra, 18 a 22 de octubre de 2010
Tema 3 e) del programa provisional*
Artículo 13: ganancias de capital

Párrafos 4 y 5 del artículo 13 de la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación, y comentario correspondiente

Nota del Subcomité sobre ganancias de capital**

I. Introducción

1. En el quinto período de sesiones anual del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación, celebrado en Ginebra del 19 al 23 de octubre de 2009, se constituyó un Subcomité sobre ganancias de capital[1].

2. Se encomendó al Subcomité el mandato siguiente:

El Subcomité realizará análisis y presentará propuestas a la consideración del Comité sobre:

a) La nueva redacción del comentario sobre el nuevo párrafo 5 del artículo 13;

b) El tratamiento de las cuestiones de abuso relacionadas con el párrafo 5 y las cuestiones de política que permiten una reestructuración razonable;

c) El tratamiento de las cuestiones de cumplimiento del párrafo 4 y la posibilidad de redactar nuevamente ese párrafo.

El Subcomité presentará un informe sobre la marcha de los trabajos en el próximo período anual de sesiones del Comité.

3. La presente nota representa el informe solicitado sobre la marcha de los trabajos del Subcomité.

---

* E/C.18/2010/1.

** Las opiniones vertidas en la presente nota son las del Subcomité sobre ganancias de capital (Coordinador: Sr. Liao) y no representan necesariamente las opiniones de las Naciones Unidas.

[1] E/2009/45, párr. 10.

10-47376 (S) 190810 200810

Se ruega reciclar

II. Nuevo párrafo 5 del artículo 13

4. La nueva versión del párrafo 5 del artículo 13, convenida por el Comité en su cuarto período anual de sesiones celebrado en 2008[2] dice lo siguiente:

> Las ganancias, distintas de aquellas a las que se aplica el párrafo 4, obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, podrán ser gravadas en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el período de 12 meses anterior a la enajenación, tenía una participación directa o indirecta del ___ % a lo menos (el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) en el capital de esa sociedad.

5. En esa ocasión no se preparó un comentario sobre el nuevo párrafo, y se pidió al Subcomité que presentara un proyecto de texto para su consideración por el Comité. A continuación se presenta la propuesta del Subcomité.

III. Comentario propuesto

6. El Subcomité propone el siguiente comentario en reemplazo de los actuales párrafos 9 a 11 del comentario sobre el artículo 13. Por consiguiente los actuales párrafos 12 y 13 del comentario, que guardan relación con el párrafo 6 del artículo 13, se renumerarían como párrafos 17 y 18. Los párrafos 9 a 16 propuestos son los siguientes:

> “9. Algunos países sostienen que un Estado Contratante debería tener derecho a gravar las ganancias procedentes de la venta de acciones de una sociedad residente en ese Estado, sea que la venta se realice dentro o fuera de él. Sin embargo, se reconoce que por razones administrativas ese derecho se debe limitar a la venta de acciones de una sociedad en cuyo capital el vendedor tenía directa o indirectamente una participación importante en cualquier momento durante el período de 12 meses anterior a la venta. En este contexto, se entiende por ‘período de 12 meses’ el período que comienza un año civil antes de la fecha de la venta y que termina en el momento de la venta. La determinación de lo que se considera una participación importante se negociaría en conversaciones bilaterales, en las que se convendría en un porcentaje.
>
> 10. En el presente párrafo se prevé la aplicación de impuestos a las ganancias procedentes de la venta de acciones contemplada en el párrafo anterior pero se excluyen las ganancias procedentes de la venta de acciones a las que se aplica el párrafo 4 del artículo 13 de la Convención Modelo. De la redacción del párrafo se desprende claramente que las ganancias procedentes de la venta de cualquier cantidad de acciones se pueden gravar en el Estado en que la sociedad es residente siempre que la participación de ésta en el capital accionario haya sido sustancial en cualquier momento durante el período de 12 meses que precede a la venta. Se determina si esa participación ha sido sustancial de conformidad con el porcentaje acordado en las negociaciones bilaterales pertinentes. En consecuencia, aun cuando una participación sustancial se enajene a través de varias transferencias de un número más

[2] E/C.18/2008/CRP.2, párr. 8, y E/2008/45, párr. 49.

reducido de acciones, el derecho de aplicar impuestos concedido por el párrafo seguirá siendo aplicable si las acciones transferidas se vendieron en cualquier momento durante el período de 12 meses.

11. Corresponderá a la ley del Estado que aplica el impuesto decidir cuáles transacciones dan origen a ganancias sobre la venta de acciones y cómo determinar el nivel de participación accionaria del vendedor, en particular, cómo determinar su participación indirecta. En este contexto una participación indirecta puede consistir en la participación de personas conexas que se imputa al vendedor. Las normas contra la evitación que establece la legislación del Estado que aplica el impuesto también pueden ser importantes para determinar el nivel de participación directa o indirecta del vendedor. En el texto de la propia Convención o en los documentos conexos se podría ampliar el significado de esos conceptos.

12. También se ha examinado la cuestión relativa a establecer una tasa tributaria de favor (en comparación con la tasa ordinaria nacional) respecto de las ganancias derivadas de la enajenación de acciones, distintas de las acciones mencionadas en el párrafo 4, esto es, que no sean acciones de sociedades cuyo activo consista en su mayoría en bienes inmuebles. Como las ganancias derivadas de la enajenación de acciones sujetas a una tasa tributaria de favor probablemente incentiven la inversión en acciones, promuevan la inversión extranjera directa y la inversión de cartera y, por ende, impulsen la industrialización del país, los Estados contratantes acaso quieran examinar el asunto en sus negociaciones bilaterales para efectuar los ajustes que sean necesarios en sus acuerdos fiscales bilaterales.

13. Resulta costoso gravar las ganancias procedentes de la venta de acciones cotizadas. Además, puede resultar económicamente gratificante para los países en desarrollo estimular sus mercados de capital absteniéndose de aplicar impuestos a las ganancias procedentes de la venta de acciones cotizadas. Los países que deseen hacerlo pueden incluir lo siguiente en sus acuerdos fiscales bilaterales:

> ‘Las ganancias, distintas de aquellas a las que se aplica el párrafo 4, obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la venta de acciones de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, **con exclusión de las acciones que se transan regularmente y en cantidades sustanciales en un mercado de valores reconocido,** podrán ser gravadas en ese otro Estado si el vendedor, en cualquier momento durante el período de 12 meses anterior a esa venta, tenía una participación directa o indirecta del ____ % a lo menos (el porcentaje se establecerá mediante negociaciones bilaterales) en el capital de esa sociedad.’

En el texto del propio acuerdo o en los documentos conexos se podrían dar más detalles sobre el significado de las frases ‘que se transan regularmente y en cantidades sustanciales’ y ‘mercado de valores reconocido’.

14. Algunos países podrían estimar que debería permitirse al Estado Contratante en el que es residente una sociedad aplicar impuestos a la venta de las acciones de ésta sólo si una parte sustancial de los bienes de la sociedad está situada en ese Estado y tal vez trataran de incluir esa limitación en las negociaciones bilaterales.

15. Otros países participantes en negociaciones bilaterales tal vez traten de lograr que se omita del todo el párrafo 5, si son de la opinión de que la aplicación de impuestos en el Estado fuente a las ganancias de capital en esas situaciones puede dar origen a la doble tributación económica de las sociedades con sucursales múltiples, lo que obstaculizaría la inversión extranjera directa. Esta consideración es, en particular, importante para los países que aplican una exención de participación no sólo a los dividendos recibidos por una participación accionaria sustancial sino además a las ganancias de capital obtenidas sobre las acciones en relación con esa participación sustancial.

16. Si los países deciden no gravar las ganancias obtenidas en el curso de reorganizaciones de las sociedades, son desde luego libres de hacerlo.”

IV. Problemas de abusos relacionados con el párrafo 5 y cuestiones de política relacionadas con la reestructuración razonable

7. El Subcomité considera que los problemas de abusos relacionados con el párrafo 5 y las cuestiones de política que permiten una reestructuración razonable están tratadas suficientemente en el comentario propuesto sobre el nuevo párrafo, así como en la sección titulada “Uso indebido de los acuerdos fiscales” de los cambios al comentario sobre el artículo 1 convenidos anteriormente por el Comité de Expertos[3].

V. Problemas de cumplimiento del párrafo 4 y posibilidad de enmendar el párrafo[4]

8. Actualmente el párrafo 4 del artículo 13 dice lo siguiente:

“4. Las ganancias procedentes de la enajenación de acciones de capital de una sociedad o de la participación en una sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión cuyo activo consista en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en un Estado contratante, podrán ser gravadas en ese Estado. En particular:

1) Ninguna de las disposiciones del presente párrafo se aplicará a una sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión, distintos de una sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión dedicados a la gestión de bienes inmuebles, cuyo activo consista en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles usados por esa sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión en sus actividades comerciales.

2) A los efectos del presente párrafo, se entiende por ‘en su mayoría’ en relación con bienes inmuebles el valor de esos bienes inmuebles que sea superior en 50% al valor total de todos los activos de propiedad de la sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión.”

---

[3] E/C.18/2008/CRP.2, párr. 12.

[4] Esta parte fue redactada para el Subcomité por la Sra. Anita Kapur, miembro del Subcomité.

9. Algunos de los problemas que los contribuyentes y las autoridades tributarias deben resolver al aplicar el párrafo se enumeran a continuación:

a) ¿Cómo podría el contribuyente que enajena sus acciones saber si los activos de la sociedad cuyas acciones ha enajenado consisten en su mayoría en "bienes inmuebles" situados en un Estado determinado y cumplir sus obligaciones tributarias respecto de ese Estado? Los balances quedan finalizados en una fecha determinada mientras que la enajenación puede tener lugar en una fecha que cae entre las fechas de los dos balances;

b) Además es posible que la ubicación de los bienes inmuebles no se dé a conocer en los balances que son de dominio público. ¿Dónde podría el contribuyente acceder a información para determinar cuál es su obligación tributaria? La situación se puede agravar en los casos en que una persona transa acciones sobre la base del movimiento de precios de los certificados en un mercado de valores y no hace un análisis de los aspectos financieros;

c) No se ha definido la expresión "bienes inmuebles" utilizada en el párrafo. En el párrafo 1 del artículo 13 también se usa esa expresión pero se hace referencia expresa al artículo 6, y por lo tanto la definición de "bienes inmuebles" que figura en el artículo 6 se relaciona con el párrafo 1 del artículo 13. Sin embargo, en el párrafo 4 no se hace referencia al artículo 6. Esa omisión hace pensar que a falta de una definición de "bienes inmuebles" en el artículo 3, la expresión tendrá que derivar su significado de la legislación nacional. Una opinión en contrario es que se debería dar contextualmente un significado internacional a esta expresión con preferencia al significado que le da la legislación nacional. Otra opinión es que el párrafo 4 asegura que el derecho de aplicar impuestos a los bienes inmuebles que se establece en el párrafo 1 se mantiene en las circunstancias descritas en el párrafo 4 y que la expresión "bienes inmuebles" se debería interpretar en el sentido del párrafo 1. Evidentemente, esta divergencia de opiniones entre el Estado de residencia y el país fuente puede causar dificultades al contribuyente;

d) La expresión "en su mayoría" utilizada en relación con la propiedad de "bienes inmuebles" se ha interpretado en el sentido de que el valor de esos "bienes inmuebles" es superior al 50% del valor total de todos los activos. Los aspectos que es necesario aclarar son los siguientes:

i) La fecha para la determinación de ese valor;

ii) Si el valor se ha de tomar como valor en libros, costo o valor justo de mercado;

iii) ¿Cuáles son los activos que es preciso considerar? Es decir, si están incluidos todos los activos que figuran en los libros, o incluso los activos que no figuran en los libros como la clientela y otros activos intangibles;

iv) En una situación en que los "bienes inmuebles" están situados en el Estado A y la sociedad es residente del Estado B, y la transacción de acciones tiene lugar entre residentes del Estado B, la autoridad tributaria del Estado A tal vez no tenga acceso a información respecto de esas transacciones para hacer valer el derecho de aplicar impuestos, porque la sociedad cuyas acciones se enajenan no se encuentra en su territorio;

v) Las administraciones fiscales pueden o no estar enteradas de los intentos abusivos de evadir la aplicación del párrafo 4 del artículo 13, especialmente

por parte de accionistas con participación mayoritaria, ya que la sociedad puede contraer empréstitos a corto plazo para que el valor de los "bienes muebles" en el momento pertinente sea inferior al 50%.

10. El Subcomité considera necesario determinar las prácticas y disposiciones jurídicas aplicadas por distintas jurisdicciones tributarias para hacer valer su derecho de gravar los bienes en la fuente de conformidad con el párrafo 4 del artículo 13, antes de considerar la posibilidad de introducir cambios en ese párrafo. También es necesario deliberar en el Comité acerca de las cuestiones planteadas en el párrafo 9 del presente documento para decidir sobre la orientación que debería proporcionar el comentario para que la disposición sea lo más eficaz posible.

VI. Interpretación de la expresión "indirectamente" utilizada en el párrafo 4

11. Si bien el Subcomité es de la opinión que la expresión "indirectamente" utilizada en el párrafo 4 del artículo 13 plantea dificultades de interpretación y por lo tanto puede dar origen a interpretaciones diferentes, estima que de acuerdo al párrafo 2 del artículo 3 la definición de la expresión corresponde a la legislación nacional y no al derecho convencional. La práctica de la legislación nacional del país de un miembro[5] del Subcomité puede resultar de ayuda, por lo que se resume a continuación con fines de referencia:

> Supóngase que la sociedad A del Estado A tiene una participación accionaria del 20% en la sociedad B del Estado B. El valor de los activos de la sociedad B es de 100 dólares de los Estados Unidos, de los cuales 40 dólares de los Estados Unidos constituyen el valor de los bienes inmuebles. La sociedad B tiene una participación accionaria del 80% en la sociedad C. El valor de los activos de la sociedad C es de 100 dólares de los Estados Unidos, de los cuales 90 dólares de los Estados Unidos constituyen el valor de los bienes inmuebles. Luego, para la sociedad B:
>
> El valor total de los activos es de 180 (100+100*80%);
>
> El valor total de los bienes inmuebles es de 112 (40+90*80%);
>
> El valor de los bienes inmuebles en comparación con los bienes muebles es de 62%.
>
> Por consiguiente cuando la sociedad A venda sus acciones en la sociedad B, el Estado B debería tener derecho a aplicar impuestos en la fuente porque más del 50% del valor de la sociedad B procede de bienes inmuebles.

VII. Interpretación de la expresión "indirectamente" en el nuevo párrafo 5

12. Como en el caso del párrafo 4, el Subcomité reconoce que el término "indirectamente" utilizado en el nuevo párrafo 5 del artículo 13 plantea dificultades de interpretación y por lo tanto puede dar origen a interpretaciones diferentes. Sin embargo, estima que de acuerdo al párrafo 2 del artículo 3 la definición de la

[5] Sr. Tizhong Liao de China.

expresión corresponde a la legislación nacional y no al derecho convencional. La práctica de la legislación nacional del país de un miembro[5] del Subcomité puede resultar de ayuda, por lo que se resume a continuación con fines de referencia:

Supóngase que el porcentaje de participación accionaria establecido mediante negociaciones bilaterales es de 25%; en ese caso se considerará que el enajenante es dueño del 25% o más del capital de la sociedad, si:

a) El enajenante tiene una participación directa del 25% o más en el capital de la sociedad que es residente del otro Estado Contratante;

b) El enajenante tiene una participación indirecta, en una cadena de accionistas, del 25% o más en el capital de la sociedad que es residente del otro Estado Contratante. La participación accionaria indirecta en una cadena se calculará multiplicando los porcentajes de participación accionaria. Por ejemplo, si una sociedad del Estado A es dueña del 50% de las acciones de una sociedad del Estado B, y la sociedad del Estado B es dueña del 50% de las acciones de una sociedad del Estado C, entonces la sociedad del Estado A tendrá una participación accionaria indirecta del 25% (50% del 50%) en la sociedad del Estado C. En esas circunstancias, las ganancias obtenidas por la sociedad del Estado A debido a la venta de las acciones en la sociedad del Estado B no serán gravables en el Estado C. Sin embargo, si la sociedad del Estado A tiene una participación accionaria directa en cualquier porcentaje de las acciones de la sociedad del Estado C, por ejemplo, el 5%, y vende las acciones, las ganancias podrán ser gravadas en el Estado C;

c) La combinación de participación directa y participación indirecta suma el 25% o más. Por ejemplo, si una sociedad del Estado A es dueña del 40% de las acciones de una sociedad del Estado B, y la sociedad del Estado B es dueña del 40% de las acciones de una sociedad del Estado C, entonces la sociedad del Estado A tiene una participación accionaria indirecta del 16% (40% del 40%) en la sociedad del Estado C. Luego la sociedad del Estado A tiene participación accionaria directa e indirecta del 26% (10% más 16%) en la sociedad del Estado C. En esas circunstancias, las ganancias obtenidas por la sociedad del Estado A debido a la venta de las acciones en la sociedad del Estado C serán gravables en el Estado C aun si la sociedad del Estado A sólo tiene una participación accionaria directa del 10% en la sociedad del Estado C.

d) Las partes estrechamente vinculadas al enajenante tienen una participación accionaria directa o indirecta del 25% o más en el capital de la sociedad que es residente del otro Estado Contratante. Generalmente las partes estrechamente vinculadas son: i) los familiares; ii) los representantes dependientes, los fiduciarios, fideicomisarios, mandatarios u otras personas de igual o similar naturaleza; iii) una persona o sociedad que es propietaria del 100% de las acciones de una sociedad residente; y iv) una sociedad de propiedad exclusiva de las personas o sociedades anteriormente mencionadas u otras personas. En esas circunstancias, las ganancias obtenidas por el enajenante que es residente de un Estado Contratante por la enajenación de sus acciones en la sociedad que es residente del otro Estado Contratante serán gravables en ese otro Estado.